

WANDER DE MELO SILVA

COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS

**ANÁLISE DO CONFLITO ENTRE OS DIREITOS À HONRA, À IMAGEM, À INTIMIDADE E
À VIDA PRIVADA E A LIBERDADE DE IMPRENSA**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em direito do
Centro Universitário de Brasília - UniCEUB.

Orientadora: Prof^ª. MSc. Christine Peter

Brasília – DF

2011

RESUMO

Pesquisa monográfica na área do Direito Constitucional referente à colisão dos direitos fundamentais, mais especificamente à colisão existente entre os direitos à honra, à imagem, à intimidade e à vida privada – direitos da personalidade – e a liberdade de imprensa. Para se compreender a extensão dos recentes debates sobre a colisão dos direitos fundamentais é necessário adentrar na estruturação desses direitos, a qual permite identificar o caráter principiológico que esses direitos detêm. Dessa forma, observa-se, por meio de estudo de precedentes, a tendência das Cortes Constitucionais atuais em considerar os direitos fundamentais como princípios e, por conseguinte, utilizar-se da ponderação como instrumento para harmonizar a coexistência dos direitos conflitantes, uma vez que não há hierarquia entre eles. Isso se dá corriqueiramente nos conflitos entre o exercício profissional da Imprensa e os direitos à honra, à imagem, à vida privada e à intimidade. Ambos são preceitos indispensáveis para uma sociedade democrática, um – os direitos ora citados –, sendo componente indispensável do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, e o outro – liberdade de imprensa –, alicerce para o Estado Democrático de Direito. Mesmo tendo fortes influências norte-americanas sobre a posição de preferência, nesses conflitos, da liberdade de imprensa, o Supremo Tribunal Federal tem se mostrado atento à tutela daqueles direitos. Contudo, a doutrina aponta outro caminho para se alcançar o equilíbrio entre esses direitos conflitantes, qual seja a utilização do princípio da proporcionalidade – e seus subprincípios – para se determinar qual dentre os direitos colidentes é que deve prevalecer, no caso concreto. Assim, para fundamentar essa problemática, o estudo se vale da pesquisa dogmática, por meio de técnicas bibliográficas e documentais de pesquisa, recorrendo à doutrina, legislação pátria e jurisprudência para se encontrar um suporte teórico de solução dos conflitos entre os direitos fundamentais ora analisados. É, dessa forma, que se conclui a necessidade de se afirmar a utilização de um juízo de ponderação, por meio da observância do princípio da proporcionalidade, nos diversos conflitos existentes na jurisdição constitucional, no que diz respeito aos direitos fundamentais, uma vez que, além de corroborar a instituição do Estado Democrático de Direito, esse juízo proporciona uma minuciosa análise tanto dos anseios dos indivíduos, que buscam a efetivação do seu direito, como das mudanças axiológicas e culturais vivenciadas pela sociedade.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Constitucional. Colisão. Direitos Fundamentais. Direitos à honra. Direito à imagem. Direito à intimidade. Direito à vida privada. Liberdade de Imprensa. Estado Democrático de Direito. Ponderação. Princípio da Proporcionalidade.

SUMÁRIO

RESUMO	2
SUMÁRIO.....	3
1. DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITOS DA PERSONALIDADE.....	7
1.1 ESTRUTURA DA NORMA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	11
1.1.1 PRECEDENTES HISTÓRICOS DA TEORIA DO DIREITO FUNDAMENTAL	11
1.1.2 DISTINÇÃO ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS FEITA POR ALEXY	14
1.2. DIREITOS FUNDAMENTAIS EM ESPÉCIE: DIREITO À HONRA, À IMAGEM, À VIDA PRIVADA E À INTIMIDADE E A LIBERDADE DE IMPRENSA.....	18
1.2.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS À HONRA, À IMAGEM, À VIDA PRIVADA E À INTIMIDADE	18
1.2.1.1 DIREITO À HONRA	21
1.2.1.2 DIREITO À IMAGEM.....	22
1.2.1.3 DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA.....	24
1.2.2 LIBERDADE DE IMPRENSA	27
2. COLISÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	32
2.1 COLISÃO ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS	32
2.1.1 COLISÃO ENTRE OS PRÓPRIOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	33
2.1.2 COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS E OUTROS VALORES CONSTITUCIONAIS	34
2.2 COLISÃO ENTRE OS DIREITOS À HONRA, À IMAGEM, À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA E A LIBERDADE DE IMPRENSA	35
2.2.1 RESOLUÇÃO DA COLISÃO PELO LEGISLADOR	36
2.2.2 RESOLUÇÃO DA COLISÃO PELA JURISPRUDÊNCIA	38
2.3 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E A COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS...	40
3. ESTUDO DE PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	44
3.1 CASO ANTHONY GAROTINHO x O GLOBO	44
3.2 ADPF 130/2009 – NÃO RECEPÇÃO DA LEI DE IMPRENSA	47
CONCLUSÃO	52
BIBLIOGRAFIA.....	56

INTRODUÇÃO

O presente estudo, inserido na seara do Direito Constitucional, tem por objetivo analisar o conflito existente entre os direitos fundamentais, mais especificamente no que diz respeito à colisão entre os direitos à honra, à imagem, à vida privada e à intimidade – direitos da personalidade - e a liberdade de imprensa.

Antes mesmo de se adentrar na colisão dos direitos fundamentais propriamente dita, é mister observar a estruturação das normas jusfundamentais constitucionalmente amparadas. Nesse viés, os direitos fundamentais adotam uma visão pós-positivista – dentro da dogmática jurídica –, por considerar tais direitos detentores de uma natureza principiológica.

Inúmeros jusfilósofos se debruçaram no estudo da Teoria dos Direitos Fundamentais para, de forma teórica, desenvolver uma estrutura ideal capaz de ser utilizada na aplicação desses direitos nos diversos casos concretos. Dessa forma, após conceberem a ideia de que tais direitos fundamentais seriam tidos como princípios e, por conseguinte, entenderem não haver hierarquia entre esses direitos, é que se depararam com o que atualmente se denomina de colisão dos direitos fundamentais.

Hodiernamente, se observa a ocorrência de colisão entre os direitos fundamentais, principalmente o conflito entre os direitos à honra, à imagem, à vida privada e à intimidade e a liberdade de imprensa. Esta, desde o período ditatorial brasileiro, tem crescido e se expandido exponencialmente. Aqueles direitos, por sua vez, têm ganhado uma maior atenção do Poder Público, no que tange a sua tutela.

Diante desse cenário, é notório constatar a necessidade de se ater ao minucioso estudo dessa contenda normativa, haja vista que nela estão envolvidos princípios essenciais, tanto para o indivíduo quanto para a sociedade em geral. Isso porque os direitos fundamentais à honra, à imagem, à vida privada e à intimidade se alicerçam no princípio básico da dignidade da pessoa humana – princípio esse primordial para o Estado Brasileiro; e a liberdade de imprensa se fundamenta na denominada liberdade de informação, a qual sustenta a ideologia do Estado Democrático de Direito.

Assim, ao se deparar com a colisão entre dois princípios de extrema relevância para a sociedade brasileira, o Poder Judiciário, em cada caso concreto, se faz valer de um instrumento chamado juízo de ponderação para dirimir tal conflito. Esse juízo é composto pelo princípio da proporcionalidade, o qual operacionaliza a ponderação de cada direito fundamental colidente, em cada caso concreto.

É nessa questão da ponderação que se encontra a principal problemática deste estudo: qual a compreensão do princípio da proporcionalidade dentro da colisão dos direitos fundamentais? Há possibilidades de, mesmo utilizando o princípio da proporcionalidade, um direito fundamental se sobressair em relação a outro? Qual o posicionamento da Suprema Corte brasileira, na utilização da ponderação, quando se depara com uma colisão entre a liberdade de imprensa e os direitos da personalidade?

Para tanto, este trabalho busca se desenvolver na análise da doutrina especializada no tema abordado, com ênfase para o estudo de precedentes do Supremo Tribunal Federal, além da jurisprudência pátria.

Ademais, para complementar toda metodologia de pesquisa utilizada neste trabalho, utilizou-se como técnica de pesquisa a seleção de bibliografia especializada no tema abordado, legislação pertinente bem como precedentes jurisprudenciais. Além disso, ainda houve a pesquisa documental nos órgãos do Poder Legislativo e Judiciário, o estudo de caso e a elaboração de fichamentos.

Com isso, o conteúdo será explanado por meio de conceitos teóricos, baseados em Robert Alexy¹, Edilson Pereira de Farias², Gilmar Ferreira Mendes³, José Afonso da Silva⁴, André Rufino do Vale⁵, Paulo Gustavo Gonet Branco⁶, Cláudio Luiz Bueno de Godoy⁷, Sidney Cesar Silva Guerra⁸ e Wilson Antonio Steinmetz⁹.

¹ Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

² Cf. FARIAS, Edilson. *Colisão de Direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 1996.

³ Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. *O significado da liberdade de imprensa no Estado Democrático de Direito e seu desenvolvimento jurisprudencial pelas Cortes Constitucionais: breves considerações*. Observatório da Jurisdição Constitucional. Brasília: IDP, Ano 4, 2010/2011.

⁴ Cf. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, 30ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

⁵ Cf. VALE, André Rufino do. *A estrutura das normas de direito fundamental: repensando a distinção entre regras, princípios e valores*. 2006. 286 f. Dissertação de Mestrado – Programa de Pós-graduação em Direito, Estado e Constituição, Universidade de Brasília, Brasília. 2006.

No primeiro capítulo, será abordada a estruturação dos Direitos Fundamentais, ou seja, o enquadramento desses direitos em uma espécie da norma jurídica denominada de princípios. Além disso, será analisado também, de forma particular, cada um dos direitos à honra, à imagem, à intimidade, à vida privada e a liberdade de imprensa. Esse capítulo tem por escopo delimitar conceitos basilares sobre os pontos fundamentais desta pesquisa, sendo, portanto, um elemento precedente do conteúdo principal deste trabalho, que é a colisão entre os direitos fundamentais.

O segundo capítulo trará o tema central desta pesquisa, qual seja a colisão entre os direitos fundamentais. Neste capítulo serão averiguados os modos de colisão existentes entre os direitos – colisão entre si ou colisão com outros valores constitucionais -, bem como as formas de resolução desses conflitos – por meio do legislador ou por meio da jurisprudência. É destacada neste capítulo, além de toda teoria a respeito da colisão, a dissertação sobre o princípio da proporcionalidade dentre desse panorama colidente dos princípios fundamentais.

Por fim, no terceiro capítulo serão estudados casos concretos existentes na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Dentre esses casos está a ADPF n. 130, de relatoria do Ministro Ayres Britto, que declara definitivamente a não recepção, em sua totalidade, da Lei n. 5.250/67 – a chamada Lei da Imprensa – pelo ordenamento constitucional atual.

Dessa maneira, este estudo, ainda que não seja de forma exaustiva, se dedica a apresentar um trabalho consistente sobre a temática da colisão entre os direitos à honra, à imagem, à vida privada, à intimidade e a liberdade de imprensa, além de demonstrar as formas mais utilizadas de resolução dos referidos conflitos, corroborando-as com as jurisprudências proferidas pelo Supremo Tribunal Federal.

⁶ Cf. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

⁷ Cf. GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2001.

⁸ Cf. GUERRA, Sidney Cesar Silva. *A liberdade de Imprensa e o Direito à Imagem*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

⁹ Cf. STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

1. DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITOS DA PERSONALIDADE¹⁰

A todo instante se observam, no Brasil, situações em que os direitos fundamentais se colidem, seja entre si ou com outros valores constitucionalmente amparados. Isso se dá pelo fato de serem considerados direitos heterogêneos¹¹ e de terem uma maleabilidade do seu conteúdo, fato esse que se verifica em suas aplicações no caso concreto.

Nessa mesma direção, Christine Peter afirma que só se revela possível conceituar e estabelecer o âmbito de proteção dos direitos fundamentais se pensarmos em sua concretização. Daí infere-se que, somente é possível dizer o real conteúdo de um

¹⁰ É importante destacar, no início deste estudo, as considerações realizadas pela doutrina constitucionalista moderna – ainda que não de forma pacífica - a respeito do enquadramento dos direitos da personalidade como direitos fundamentais. Discute-se se há, no que se refere aos dois direitos, uma relação de gênero e espécie, ou uma similitude conceitual, mesmo sendo institutos diversos. Há uma predominância, hoje em dia, na doutrina brasileira, de se entender que os direitos da personalidade, alçados ao *status* de cláusulas pétreas pela Constituição de 1988, seriam espécies do gênero Direito Fundamental. Ressalta-se que “os direitos fundamentais, embora tenham seu embrião na Declaração de Direitos francesa de 1789, são direitos autônomos e, em verdade, não se pode negar que foi, sem dúvida, no direito público que, inicialmente, os direitos da personalidade foram reconhecidos para, depois, ingressarem no direito positivo privado, mormente se estiver em foco nossa sistemática jurídica”. (NEVES, Allessandra Helena. **Direitos fundamentais versus direitos da personalidade: contraposição, coexistência ou complementaridade?**. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 352, 24 jun. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/5387>>. Acesso em: 2 out. 2011. No que diz respeito aos direitos à honra, à imagem, à intimidade e à vida privada, Edilson Farias destaca que “esses direitos possuem duplo caráter: além de constituírem direitos fundamentais (com sua especial proteção pelo ordenamento jurídico) são ao mesmo tempo direitos da personalidade, isto é, essenciais à pessoa. Na verdade, esses direitos foram paulatinamente sendo perfilados primeiramente como direitos subjetivos da personalidade, como eficácia prevalente no âmbito *inter privato* para só mais tarde alcançar a estatura constitucional”. (FARIAS, Edilson. **Colisão de Direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 1996, p. 105-106). Assim, entende-se que ambos os direitos – seja fundamental seja da personalidade – possuem efetivamente semelhança de conteúdo, o que acaba convergindo para a afirmação e proteção da dignidade da pessoa humana. O que se conclui é que os direitos fundamentais, como gênero, tem o condão de tutelar o indivíduo de forma ampla, principalmente nos casos em que o Estado se configura como pólo passivo na contenda – tutelar as denominadas liberdades públicas; já os direitos da personalidade, como espécie dos direitos fundamentais, teriam o escopo de tutelar a indivíduo no seu âmbito privado, quando houver controvérsia com outro particular, de forma mais específica.

¹¹ Segundo FARIAS, Edilson. *Colisão de Direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 1996, p. 82 e 83, os direitos fundamentais, além de complexos em sua estrutura interna, denotam uma pluralidade de tipos, quais sejam direitos de defesa, direitos a prestações e direitos de participação.

direito fundamental, diante de um caso concreto em que um possível conflito é posto à resolução¹².

Porém, para melhor se analisar as minúcias da colisão entre os direitos fundamentais, segundo Gilmar Mendes, vale ressaltar que não se deve confundir as idéias de âmbito de proteção dos direitos fundamentais com suas restrições ou limitações. A possibilidade de limitação ou restrição de direitos não compõe o âmbito de proteção dos direitos fundamentais, apesar de asseverar que em muitos casos, somente com o confronto e com possível restrição do direito é que se torna possível a definição do âmbito de proteção¹³.

Esse âmbito de proteção dos direitos fundamentais poderia ser compreendido, conforme as lições de Alexy, como sendo aquilo que a norma de direito fundamental garante *prima facie*, ou seja, sem levar em consideração as possíveis restrições¹⁴. Trata-se, portanto, da parcela da realidade que o constituinte houve por bem definir como objeto de proteção da garantia fundamental¹⁵.

Já no que tange à ideia de restrição dos direitos fundamentais, Alexy elucida que essa conceituação sugere a existência de duas coisas – o direito e sua restrição –, entre as quais há uma relação de tipo especial, a saber, uma relação de restrição. Se assim o for, há, em primeiro lugar o direito em si, não restringido, e, em segundo lugar, aquilo que resta do direito após a ocorrência de uma restrição, o direito restringido¹⁶.

Alexy complementa seu raciocínio, de forma cristalina, ao dizer que:

Restringíveis são os bens protegidos por direitos fundamentais – liberdades/ situações/ posições de direito ordinário – e as posições *prima facie* garantidas por princípios de direitos fundamentais. Entre esses dois objetos de restrições há relações estreitas. Princípios de

¹² SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Hermenêutica de Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p.108.

¹³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. 1. ed. Brasília Jurídica, 2000, p.211-212.

¹⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 302.

¹⁵ BESSA, L. S. Colisão dos Direitos Fundamentais: Propostas de solução. In. XV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI – MANAUS, 2006, Manaus. *Anais.... Manaus, 2006*.

¹⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008., p. 277.

direitos fundamentais exigem a proteção mais abrangente possível dos bens protegidos, como, por exemplo, a proteção mais ampla possível da liberdade geral de ação, da integridade física ou da competência para alienar a propriedade. Por isso, uma restrição a um bem protegido é sempre também uma restrição a uma posição *prima facie* garantida por um princípio de direito fundamental. Nesse sentido, pode-se dar a seguinte resposta simples à questão acerca do que são restrições a direitos fundamentais: restrições a direitos fundamentais são normas que restringem uma posição *prima facie* de direito fundamental¹⁷.

Entretanto, a doutrina constitucionalista assevera que a restrição ou limitação dos direitos fundamentais se encontra em uma seara hermenêutica, sendo, dessa forma, distinta da colisão dos direitos fundamentais propriamente dita. Para Wilson Steinmetz, os limites imanentes – o que foi denominado por Alexy de restrições diretamente constitucionais – são uma construção dogmática para explicar a necessidade e justificar a possibilidade de limitação ou restrição a direito fundamental conferido por norma constitucional escrita sem reserva de lei. Já a colisão de direitos fundamentais se caracteriza por conflito *in concreto* desses direitos¹⁸.

No entendimento de Norberto Bobbio, os direitos colidem porque não estão dados de uma vez por todas; não se esgotam no plano da interpretação *in abstracto*. As normas de direito fundamental se mostram abertas e móveis quando de sua realização ou concretização na vida social. Daí a ocorrência de colisão¹⁹.

Essa colisão ocorre quando o direito de um titular colide com outro direito pertencente a um titular diferente²⁰. Isso pode ser notado claramente nas inúmeras colisões analisadas pelo Poder Judiciário brasileiro no que se refere ao conflito entre os direitos da personalidade – direito à honra, à imagem, à intimidade e à vida privada - e a liberdade de imprensa, ou seja, se a imprensa, ao noticiar uma informação pertencente à

¹⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 281.

¹⁸ STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

¹⁹ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

²⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional de Conflitos e Proteção de Direitos Fundamentais*. Revista de Legislação e Jurisprudência. Coimbra: Universidade de Coimbra, n. 125, pp. 264/295, 1992

esfera da intimidade de alguém ou que atinja a sua honra, sendo tais atos eivados de ilicitude, poderá configurar a colisão entres esses direitos²¹.

A colisão dos direitos à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem com a liberdade de imprensa, analisa Edilson Farias, significa que as opiniões e fatos relacionados com o âmbito de proteção constitucional desses direitos não podem ser divulgados ao público indiscriminadamente. Isso demonstra que os direitos fundamentais não detêm caráter absoluto. Na verdade, ainda no dizer do autor, o que se observa no preceito estabelecido pelo artigo 220, §1º da Constituição Federal de 1988²² nada mais é do que um limite externo à liberdade de informação, de modo a nortear a atividade do legislador infraconstitucional, mas sem que, por isso, se tenha estabelecido gradação hierárquica entre os direitos da personalidade e a liberdade de imprensa ou, mais, sem que, no caso de colisão entre eles, não se tenha verdadeiro conflito de iguais direitos fundamentais²³.

Essa ausência de hierarquia entre os direitos, tanto da personalidade quanto da imprensa, se dá pelo fato de que suas normas têm caráter principiológico, e, como tal, correspondem à própria estrutura do sistema jurídico²⁴.

Esse caráter intrínseco dos direitos fundamentais – caráter principiológico – tem despertado significativa atenção dos constitucionalistas modernos, os quais defendem que a análise das espécies – regras e princípios – das normas jurídicas é fundamental para se alcançar a harmonia dos direitos em caso de conflito entre eles²⁵.

Por isso, neste estudo, se torna salutar tecer breves comentários sobre a estruturação da norma dos direitos fundamentais, principalmente no que concerne à diferenciação entre princípios e regras.

²¹ NICOLodi, Ana Marina. Conflito entre direitos fundamentais – Liberdade de Imprensa versus Direito à Vida Privada, Direito à Imagem e Direito à Honra. In: Revista Direitos Fundamentais & Democracia, v. 1, n. 1 (jan./jun. 2007). Curitiba: UniBrasil, 2007.

²² **Art. 220.** A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.
§ 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

²³ FARIAS, Edilson Pereira de. Colisão de direitos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1996, p. 137-138.

²⁴ FARIAS, Edilson Pereira de. Colisão de direitos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1996, p. 96.

²⁵ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade. São Paulo: Atlas, 2001.

1.1 ESTRUTURA DA NORMA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

Nas últimas décadas, o que mais se discutiu na Teoria do Direito foi, sem dúvida, a distinção entre regras e princípios²⁶. Na seara Constitucional, inúmeros jusfilósofos se debruçaram na busca de encontrar alicerces sólidos para a diferenciação entre essas espécies normativas, pois ambas possuem caráter fundamental na teoria da interpretação constitucional²⁷.

Essa relevância ganha destaque na compreensão de Alexy, grande expoente moderno nos estudos dos direitos fundamentais, o qual afirma que:

Para a teoria dos direitos fundamentais, a mais importante delas [diferenciação teórico-estruturais] é a distinção entre regras e princípios. Essa distinção é a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais²⁸.

Não obstante Alexy ser a fonte primária deste estudo, torna-se indispensável desbravar, ainda que de forma sucinta, as vertentes históricas que antecederam – e muitas influenciaram – os estudos desse professor alemão.

1.1.1 PRECEDENTES HISTÓRICOS DA TEORIA DO DIREITO FUNDAMENTAL

²⁶ Interessante observar o comentário feito por Humberto Ávila a respeito da importância dessa distinção entre as espécies normativas, dizendo que “hoje, mais do que ontem, importa construir o sentido e delimitar a função daquelas normas que, sobre prescreverem fins a serem atingidos, servem de fundamento para a aplicação do ordenamento constitucional – os princípios jurídicos.” ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5a Ed. São Paulo: Malheiros; 2006, p. 23.

²⁷ VALE, André Rufino do. *A estrutura das normas de direito fundamental: repensando a distinção entre regras, princípios e valores*. 2006. 286 f. Dissertação de Mestrado – Programa de Pós-graduação em Direito, Estado e Constituição, Universidade de Brasília, Brasília. 2006, p. 54.

²⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 85.

Na tentativa de superar o foco jusnaturalista ou, até mesmo positivista, dado aos princípios jurídicos, alguns jusfilósofos buscaram repensar novas perspectivas para as espécies normativas. Esses pensadores ficaram conhecidos como pós-positivistas, pois seus estudos demonstravam uma análise qualitativa dessa distinção entre regras e princípios. Na concepção moderna, seus maiores nomes são Ronald Dworkin e Robert Alexy – fortemente influenciados por Josef Esser, Karl Larex e Roscoe Pound²⁹.

No cenário anglo-americano, Dworkin teve claramente como antecessor as teorias elaboradas por Roscoe Pound, as quais serviam de críticas às regras positivistas. Pound, em seus artigos, defendia de forma veemente o direito efetivamente aplicado pelos tribunais em detrimento da jurisprudência analítica, a qual se atentava aos estudos de institutos e conceitos jurídicos de forma abstrata, pautando-se na lógica e na comparação analítica³⁰.

Pound afirmava, conforme cita André Rufino³¹, que o direito não é um agregado de regras, como os dispositivos de um código penal, mas é, também, composto de preceitos, de desenvolvimento e aplicação dos preceitos e de um conjunto de ideias recebidos como finalidade de uma ordem jurídica³².

Com fortes críticas ao modelo estrito de regras do positivismo, Pound defendia que as regras são preceitos que geram consequência jurídica definida, engessada. Diferentemente dos princípios, que são impulsos iniciais para o raciocínio e para fundamentação jurídica, de forma a não conceder nenhuma consequência definida, apenas indicando a solução a ser tomada³³.

²⁹ VALE, André Rufino do. *A estrutura das normas de direito fundamental: repensando a distinção entre regras, princípios e valores*. 2006. 286 f. Dissertação de Mestrado – Programa de Pós-graduação em Direito, Estado e Constituição, Universidade de Brasília, Brasília. 2006, p. 57-59.

³⁰ VALE, André Rufino do. *A estrutura das normas de direito fundamental: repensando a distinção entre regras, princípios e valores*. 2006. 286 f. Dissertação de Mestrado – Programa de Pós-graduação em Direito, Estado e Constituição, Universidade de Brasília, Brasília. 2006, p. 72.

³¹ ROSCOE POUND *apud* VALE, André Rufino do. *A estrutura das normas de direito fundamental: repensando a distinção entre regras, princípios e valores*. 2006. 286 f. Dissertação de Mestrado – Programa de Pós-graduação em Direito, Estado e Constituição, Universidade de Brasília, Brasília. 2006, p. 73-74.

³² POUND, Roscoe. *Minha filosofia do Direito*. Trad. Clarence Morris. In: VALE, André Rufino do. ob. cit. p. 73.

³³ VALE, André Rufino do. *A estrutura das normas de direito fundamental: repensando a distinção entre regras, princípios e valores*. 2006. 286 f. Dissertação de Mestrado – Programa de Pós-graduação em Direito, Estado e Constituição, Universidade de Brasília, Brasília. 2006, p. 75.

Esse pensamento de Pound influenciou notoriamente os pensamentos, que posteriormente adviram, do norte-americano Ronald Dworkin. Na concepção de Dworkin, seguindo os passos de Pound no que se refere à crítica do positivismo, elaborou uma teoria baseada na natureza lógica – ou qualitativa – que cada espécie normativa detinha³⁴.

Para Dworkin, as regras se comportavam “à maneira do tudo-ou-nada”, ou seja, para esse pensador ou a regra seria válida ou seria inválida, conforme os fatos estipulados pela regra. Dessa forma, as regras, nos ditames dessa teoria, seriam aplicadas de maneira disjuntiva. Os princípios, por sua vez, seriam elementos condutores da argumentação jurídica³⁵.

Em suma, Dworkin chega à conclusão de que se a regra, no momento de sua aplicação no caso concreto estiver em conflito com outra regra, a regra tida como válida subsumirá a regra posta como inválida. Por outro lado, os princípios que se encontrarem em conflito deverão ser mensurados pelo julgador, a fim de se estabelecer a dimensão de importância que cada princípio terá diante do fato concreto³⁶.

Essa ideia de Dworkin instigou os pensamentos modernos do alemão Robert Alexy – que também fora influenciado por seus compatriotas Josef Esser e Karl Larex. Alexy, analisando a teoria desenvolvida por Dworkin, aponta diversos defeitos, os quais serão de suma importância para a reformulação da distinção entre regras e princípios³⁷.

Essa reformulação feita por Alexy culminou na denominada Teoria dos Princípios, a qual será mais bem detalhada no tópico a seguir.

³⁴ VALE, André Rufino do. *A estrutura das normas de direito fundamental: repensando a distinção entre regras, princípios e valores*. 2006. 286 f. Dissertação de Mestrado – Programa de Pós-graduação em Direito, Estado e Constituição, Universidade de Brasília, Brasília. 2006, p.78.

³⁵ RONALD DWORKIN *apud* VALE, André Rufino do. *A estrutura das normas de direito fundamental: repensando a distinção entre regras, princípios e valores*. 2006. 286 f. Dissertação de Mestrado – Programa de Pós-graduação em Direito, Estado e Constituição, Universidade de Brasília, Brasília. 2006, 79.

³⁶ VALE, André Rufino do. *A estrutura das normas de direito fundamental: repensando a distinção entre regras, princípios e valores*. 2006. 286 f. Dissertação de Mestrado – Programa de Pós-graduação em Direito, Estado e Constituição, Universidade de Brasília, Brasília. 2006, p. 80.

³⁷ VALE, André Rufino do. *A estrutura das normas de direito fundamental: repensando a distinção entre regras, princípios e valores*. 2006. 286 f. Dissertação de Mestrado – Programa de Pós-graduação em Direito, Estado e Constituição, Universidade de Brasília, Brasília. 2006, p. 81

1.1.2 DISTINÇÃO ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS FEITA POR ALEXY

Com o intuito de sanar os defeitos encontrados na teoria desenvolvida pelo norte-americano Dworkin, Robert Alexy apresentou um trabalho nos idos de 1985, denominado Teoria dos Direitos Fundamentais³⁸.

Esse trabalho sagrou-se como um instrumento hábil na busca da reconstrução dos valores práticos ao sistema jurídico vigente, tornando, assim, a teoria dos princípios – ponto central desenvolvido por Alexy³⁹ – uma axiologia isenta de insustentáveis suposições⁴⁰.

Como já tratado alhures, Alexy, junto com outros filósofos pós-positivistas, tentaram dar aos princípios um valor normativo, o qual não se encontrava na teoria positivista. Para tanto, esse filósofo alemão ressaltou em sua teoria a importância de se adentrar ao núcleo da diferenciação entre regras e princípios, uma vez que essas espécies normativas podem se colidir, dentro de suas particularidades, de maneira diferente⁴¹.

Essa teoria dos princípios é formada pela somatória de três teses fundamentais: a primeira seria a tese da otimização; a segunda, a lei da colisão e a terceira, a lei da ponderação⁴².

No que diz respeito à tese da otimização, pode-se inferir que, segundo Alexy, “os princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, os quais

³⁸ AMORIM, Letícia Balsamão. *A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy*. Revista de Informação Legislativa. Brasília a.42 n.165 jan/mar.2005. Localizado na página: http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/Pdf/pdf_165/R165-11.pdf, p. 123.

³⁹ Nesse ponto, Alexy comenta a relevância dessa distinção, ao dizer que “(...)A distinção entre regras e princípios constitui, além disso, a estrutura de uma teoria normativo-material dos direitos fundamentais e, com isso, um ponto de partida para a resposta à pergunta acerca da possibilidade e dos limites da racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais. Nesse sentido, a distinção entre regras e princípios é uma das colunas-mestras do edifício da teoria dos direitos fundamentais.” ALEXY, Robert. ob. cit., p. 85.

⁴⁰ AMORIM, Letícia Balsamão. *A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy*. Revista de Informação Legislativa. Brasília a.42 n.165 jan/mar.2005. Localizado na página: http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/Pdf/pdf_165/R165-11.pdf, p. 124-125.

⁴¹ VALE, André Rufino do. *A estrutura das normas de direito fundamental: repensando a distinção entre regras, princípios e valores*. 2006. 286 f. Dissertação de Mestrado – Programa de Pós-graduação em Direito, Estado e Constituição, Universidade de Brasília, Brasília. 2006, p. 82.

⁴² VALE, André Rufino do. *A estrutura das normas de direito fundamental: repensando a distinção entre regras, princípios e valores*. 2006. 286 f. Dissertação de Mestrado – Programa de Pós-graduação em Direito, Estado e Constituição, Universidade de Brasília, Brasília. 2006, p. 82-83.

podem ser cumpridos em diferentes graus e cuja medida de cumprimento não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas”⁴³. E essa possibilidade jurídica, assevera o autor, poderá ser determinada pelos princípios e regras colidentes⁴⁴.

Isso realça o pensamento sobre as regras, as quais, conforme ensina esse jusfilósofo, são normas que, seguindo a vertente trabalhada por Dworkin, ou são satisfeitas ou não, de forma que, se são válidas, as ações deverão ser realizadas dentro do que foi balizado pela própria regra. Diante disso, Alexy considerou as regras como determinações – ou mandamentos definitivos –, no âmbito do que é fática e juridicamente possível⁴⁵.

Essa divisão defendida por Alexy tem por base o fundamento de que essas espécies normativas são distintas não apenas pela diferença gradual, mas também por uma diferença qualitativa⁴⁶.

Isso, de fato, se torna substancial a partir do momento em que se analisa a colisão entre princípios e o conflito entre regras. Essa questão das colisões e conflitos é tida por Alexy como o ponto esclarecedor da distinção entre essas espécies⁴⁷.

Segundo o autor, ao se considerar as hipóteses de colisão de princípios e conflito de regras, torna-se viável e útil a utilização do critério qualitativo de distinção⁴⁸,

⁴³ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90.

⁴⁴ AMORIM, Letícia Balsamão. *A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy*. Revista de Informação Legislativa. Brasília a.42 n.165 jan/mar.2005. Localizado na página: http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/Pdf/pdf_165/R165-11.pdf, p. 126.

⁴⁵ ROBERT ALEXY *apud* VALE, André Rufino do. *A estrutura das normas de direito fundamental: repensando a distinção entre regras, princípios e valores*. 2006. 286 f. Dissertação de Mestrado – Programa de Pós-graduação em Direito, Estado e Constituição, Universidade de Brasília, Brasília. 2006, p. 83.

⁴⁶ STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 124.

⁴⁷ VALE, André Rufino do. *A estrutura das normas de direito fundamental: repensando a distinção entre regras, princípios e valores*. 2006. 286 f. Dissertação de Mestrado – Programa de Pós-graduação em Direito, Estado e Constituição, Universidade de Brasília, Brasília. 2006, p. 83-84.

⁴⁸ STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 125.

pois, se forem – princípios e regras – aplicados independentemente, poderão levar a resultados incompatíveis entre si e conduzirão a juízos de dever-ser contraditórios⁴⁹.

No caso de conflito entre as regras, essas não são suscetíveis nem necessitam de ponderação, ou seja, havendo conflitos de regras busca-se aplicar a subsunção, no caso concreto⁵⁰. Em outras palavras, o conflito entre regras será dirimido no instante em que uma regra for declarada inválida, ou, em outro caso, for introduzida uma cláusula de exceção em uma das regras conflitantes⁵¹. Porém, há possibilidades de não poder inserir essa cláusula como forma de resolução do conflito. Nesse Caso, Alexy dá o seguinte direcionamento:

Em um determinado caso, se se constata a aplicabilidade de duas regras com conseqüências jurídicas concretas contraditórias entre si, e essa contradição não pode ser eliminada por meio da introdução de uma cláusula de exceção, então, pelo menos uma das regras deve ser declarada inválida. A constatação de que pelo menos uma das regras deve ser declarada inválida quando uma cláusula de exceção não é possível em um conflito entre regras nada diz sobre qual das regras deverá ser tratada dessa forma. Esse problema pode ser solucionado por meio de regras como *Lex posterior derogat legi priori* e *Lex specialis derogat legi generali*⁵².

Já no caso de colisão entre princípios, não há o que se falar em cláusula de exceção, muito menos de juízo de invalidez. Nesse caso, há um juízo de peso, ou seja, os princípios que se encontram em colisão são submetidos a uma ponderação de bens, com a qual será decidido pela precedência de um princípio em relação ao outro⁵³. Assim, ocorre que, conforme determinado caso concreto, um dos princípios deve prevalecer sobre o outro. Tudo isso dependerá basicamente do contexto fático e jurídico

⁴⁹VALE, André Rufino do. *A estrutura das normas de direito fundamental: repensando a distinção entre regras, princípios e valores*. 2006. 286 f. Dissertação de Mestrado – Programa de Pós-graduação em Direito, Estado e Constituição, Universidade de Brasília, Brasília. 2006, p. 83-84.

⁵⁰STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 125.

⁵¹VALE, André Rufino do. *A estrutura das normas de direito fundamental: repensando a distinção entre regras, princípios e valores*. 2006. 286 f. Dissertação de Mestrado – Programa de Pós-graduação em Direito, Estado e Constituição, Universidade de Brasília, Brasília. 2006, p. 84.

⁵²ALEXYY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 93.

⁵³STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 126.

em que se encontram essa colisão⁵⁴. Com isso, estabelece-se entre os princípios ora colidentes uma relação de precedência condicional, segundo elucida Alexy⁵⁵.

Posto isso, Alexy desenvolve a chamada lei da colisão. Para o autor, a lei de colisões:

(...) reflete o caráter dos princípios como mandamentos de otimização e demonstra que entre os princípios de um sistema jurídico não existem relações de precedência incondicionada ou relações absolutas ou abstratas de precedência, mas apenas relações de precedência condicionada⁵⁶.

Após essa análise sobre os aspectos gerais das colisões entre os princípios, Alexy desenvolveu sua última tese que completa a Teoria dos princípios, qual seja a lei da ponderação. Para ele, essa tese estabelece uma ligação entre o princípio da proporcionalidade – denominado pelo autor de máxima da proporcionalidade – e a teoria dos princípios⁵⁷.

O que o autor quis argumentar com essa tese é que, tendo em vista as possibilidades fáticas e jurídicas, os princípios devem ser cumpridos na maior medida possível. Por conseguinte, a ponderação de princípios em colisão será indispensável quando o cumprimento de um princípio significar o descumprimento do outro⁵⁸.

Nas palavras do Professor alemão, a lei da ponderação se perfaz na medida em que “quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto

⁵⁴VALE, André Rufino do. *A estrutura das normas de direito fundamental: repensando a distinção entre regras, princípios e valores*. 2006. 286 f. Dissertação de Mestrado – Programa de Pós-graduação em Direito, Estado e Constituição, Universidade de Brasília, Brasília. 2006, p. 84.

⁵⁵ALEX, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 96.

⁵⁶ALEX, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 99.

⁵⁷Alexy complete esse pensamento dizendo que “a teoria dos princípios implica o princípio da proporcionalidade e este implica aquela.” ALEX, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 116. Portanto, significaria dizer que o princípio da proporcionalidade e seus três subprincípios – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito – decorrem logicamente da teoria dos princípios. VALE, André Rufino do. *A estrutura das normas de direito fundamental: repensando a distinção entre regras, princípios e valores*. 2006. 286 f. Dissertação de Mestrado – Programa de Pós-graduação em Direito, Estado e Constituição, Universidade de Brasília, Brasília. 2006, p. 86.

⁵⁸VALE, André Rufino do. *A estrutura das normas de direito fundamental: repensando a distinção entre regras, princípios e valores*. 2006. 286 f. Dissertação de Mestrado – Programa de Pós-graduação em Direito, Estado e Constituição, Universidade de Brasília, Brasília. 2006, p. 86-87.

maior deverá ser a importância da satisfação do outro”⁵⁹. Dessa forma, pode-se inferir que a lei da ponderação constitui o método de fundamentação para os enunciados que estabelecem as relações de preferência condicionada entre os princípios⁶⁰.

1.2. DIREITOS FUNDAMENTAIS EM ESPÉCIE: DIREITO À HONRA, À IMAGEM, À VIDA PRIVADA E À INTIMIDADE E A LIBERDADE DE IMPRENSA

Tendo em vista a explanação desenvolvida nos tópicos acima a respeito da Teoria Geral dos Direitos Fundamentais, cabe, neste ponto, adentrar nas espécies desses direitos que são constitucionalmente amparados.

Dentre vários direitos fundamentais que se possa encontrar no bojo da Constituição Federal, o presente estudo se detém a duas espécies em particular, quais sejam os direitos da personalidade – direito à honra, à imagem, à vida privada e à intimidade – e a liberdade de Imprensa.

1.2.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS À HONRA, À IMAGEM, À VIDA PRIVADA E À INTIMIDADE

Os direitos fundamentais à honra, à imagem, à intimidade e à vida privada⁶¹ nada mais são, segundo Sílvio Romero Beltrão, do que “direitos essenciais da pessoa

⁵⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 167. Nessa teoria, Alexy elabora as três fases da ponderação: a) na primeira fase, deve ser determinada a intensidade da intervenção; b) na segunda fase, trata-se, então, da importância das razões que justificam a intervenção; e c) na terceira fase, sucede, portanto, a ponderação em sentido estrito e próprio. ALEXY, Robert. *Colisão de direitos fundamentais e realizações de direitos fundamentais no estado de direito democrático*. In: Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 127, p. 55-66, jul./ set. 1999.

⁶⁰ VALE, André Rufino do. *A estrutura das normas de direito fundamental: repensando a distinção entre regras, princípios e valores*. 2006. 286 f. Dissertação de Mestrado – Programa de Pós-graduação em Direito, Estado e Constituição, Universidade de Brasília, Brasília. 2006, p. 87.

⁶¹ Maria Helena Diniz, ao evocar os conhecimentos de Goffredo Telles Jr., explica que “a personalidade consiste no conjunto de caracteres próprios da pessoa. A personalidade não é um direito, de modo que seria errôneo afirmar que o ser humano tem direito à personalidade. A personalidade é que apóia os

humana”⁶², os quais, hoje em dia, se encontram amparados pela Carta Magna. Na verdade, antes mesmo de atingir o patamar máximo da estatura constitucional, os direitos da personalidade foram gradativamente sendo enquadrados, *a priori*, como direitos subjetivos da personalidade, com eficácia prevalente apenas no âmbito privado⁶³.

Em sua evolução histórica, esses direitos sempre estiveram intimamente ligados à evolução da *persona*, palavra em latim que deu origem à pessoa, a qual só foi reconhecida como sujeito do mundo, portadora de valores e não apenas um simples objeto, por meio do Cristianismo⁶⁴. É fato incontestável que, na compreensão de Caio Mario, em todos os tempos e em todas as fases da civilização romano-cristã, a proteção dos direitos da personalidade nunca faltou. Porém, apenas nos tempos modernos é que esses direitos foram incorporados como estrutura organizacional⁶⁵.

No Brasil, esses direitos foram convertidos de direitos morais para preceitos legais, sendo consubstanciados na Constituição Federal de 1988⁶⁶. Nela se arrolam alguns direitos que se intitulam de inatos – como o direito à vida, à integridade física e moral - e outros que são qualificados de adquiridos – como decorrência do *status* individual -, muito embora a sua oponibilidade lhes advenha do fato de estarem inseridos na Carta Magna⁶⁷.

Ao se observar as constantes inovações no direito positivo do mundo contemporâneo, e, por conseguinte, suas exigências, é que se buscou dar maior ênfase ao assunto, esmiuçando esses direitos em normas infraconstitucionais. Foi assim que

direitos e deveres que dela irradiam, é objeto de direito, é o primeiro bem da pessoa, que lhe pretence como primeira utilidade, para que ela possa ser o que é, para sobreviver e se adaptar às condições do ambiente em que se encontra, servindo-lhe de critério para aferir, adquirir e ordenar outros bens”. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, v. 1. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 118.

⁶² BELTRÃO, Silvio Romero. *Direitos da personalidade: de acordo com o Novo Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2005, p. 15.

⁶³ FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1996, p. 106.

⁶⁴ BELTRÃO, Silvio Romero. *Direitos da personalidade: de acordo com o Novo Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2005, p. 16.

⁶⁵ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. v. 1. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010, p. 202.

⁶⁶ Segundo entendimento de Caio Mario, infere que “estes direitos [presentes no artigo 5º, X/ CF88] ali elencados são considerados o mínimo, nada impedindo que outros sejam arrolados em lei (art. 5º, §2º/ CF88)”. PEREIRA, Caio Mario da Silva. *ob. cit.*, p. 205.

⁶⁷ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. v. 1. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010, p. 203.

surgiu a previsão no Novo Código Civil brasileiro, o qual destina um capítulo para debater sobre os direitos da personalidade⁶⁸.

Diante dessa previsão contemporânea é que se possibilitou à doutrina a encontrar um conceito capaz de reafirmar a existência de um direito perante o Estado. Isso pode ser claramente visto nos pensamentos de Orlando Gomes, que diz que os direitos são:

Essenciais ao desenvolvimento da pessoa humana, que a doutrina moderna preconiza e disciplina, no corpo do Código Civil, como direitos absolutos. Destinam-se a resguardar a eminente dignidade da pessoa humana, preservando-a dos atentados que pode sofrer por parte de outros indivíduos⁶⁹.

Da mesma forma, ao atribuir um conceito aos direitos da personalidade, Silvio Romero Beltrão entende, ao citar José Enrique Bustos Pueche, que:

(...) podem-se definir os direitos da personalidade como categoria especial de direitos subjetivos que, fundados na dignidade da pessoa humana, garantem o gozo e o respeito ao seu próprio ser, em todas as suas manifestações espirituais ou físicas⁷⁰.

Dessa maneira, após traçar as linhas gerais doutrinárias dos direitos da personalidade, resta agora estruturar cada um dos bens especiais que dão conteúdo à personalidade humana, ou seja, busca-se analisar, em um breve estudo, individualmente, os bens que compõem o grupo daqueles que tem por função identificar o relacionamento do indivíduo com a sociedade – tais como o direito à honra, à imagem, à vida privada e à intimidade⁷¹.

⁶⁸ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. v. 1. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010, p. 205.

⁶⁹ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977. v.1, p. 168.

⁷⁰ BELTRÃO, Silvio Romero. *Direitos da personalidade: de acordo com o Novo Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2005, p. 15.

⁷¹ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 36.

1.2.1.1 DIREITO À HONRA

A honra - primeiro direito da personalidade em particular a ser esmiuçado neste estudo – é considerada, nas palavras de Edilsom Farias, como “uma das primeiras manifestações em defesa de valores ou qualidades morais da pessoa humana”⁷².

Esse direito – tido por elemento primária, em ordem de relevância dentre os direitos da personalidade⁷³ - supõe não apenas um aspecto corpóreo, mas também um componente espiritual, amparando noções como auto-estima e consideração pessoal⁷⁴.

Como bem explica Cláudio Luiz Bueno, a honra, por sua vez, poderá ser classificada em duas vertentes diversas, quais sejam a interna – honra subjetiva - e a externa – honra objetiva. Cláudio Bueno completa seu raciocínio dizendo que:

Pela primeira [honra subjetiva], seria ela a auto-estima, o amor-próprio, o sentimento da própria dignidade, a consciência do próprio valor moral e social, no dizer de Nélson Hungria. Pela segunda, a honra seria o conceito de que o indivíduo desfruta perante a sociedade: é o apreço, o respeito que se lhe devota, a fama e a reputação que ostenta⁷⁵.

Pode-se entender, em outras palavras, que a honra, em seu sentido objetivo, é a reputação que a pessoa desfruta ante o meio social em que está situada. Já na seara subjetiva, a honra é a estimacão que a pessoa realiza de sua própria dignidade moral⁷⁶.

Mesmo sendo um direito tutelado expressamente pela Constituição Federal de 1988 – além das previsões infraconstitucionais -, o direito à honra não se configura

⁷² FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de direitos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1996, p. 108.

⁷³ CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. Campinas: Romana, 2004, p. 121.

⁷⁴ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 37.

⁷⁵ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 39.

⁷⁶ FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de direitos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1996, p. 109.

um direito absoluto. Há, na concepção de Edilsom Farias, uma limitação imposta a esse direito presente na legislação penal pátria: a exceção da verdade⁷⁷.

Essa tutela penal fica claramente visível quando corriqueiramente se observa uma ofensa deflagrada pelo exercício da atividade da imprensa⁷⁸. Ao esclarecer essa opinião, Sidney Cesar, reitera a ideia de proteção ao direito à honra explicando o seguinte ponto:

No direito à honra, a pessoa é tomada, frente à sociedade, em função do valor que possui dentro daquele contexto social. Ocorrendo então a lesão da honra, de imediato a pessoa cujo direito foi violado se sente diminuída, desprestigiada, humilhada, constrangida, tendo perdas enormes tanto no aspecto financeiro, como no aspecto moral, pois a lesão se reflete de imediato na opinião pública, que logo adota uma postura negativa contra a pessoa, implicando nestas perdas mencionadas⁷⁹.

Desta forma, conclui Cláudio Bueno que “o direito à honra suscita, enquanto emanção da personalidade humana, valor inato e natural, obrigatória observância mesmo quando se está diante da atividade de imprensa, naqueles casos mal exercidos⁸⁰”.

1.2.1.2 DIREITO À IMAGEM

O direito à imagem pode ser entendido, segundo ensinamentos de Pontes de Miranda, como sendo “o direito de personalidade quando tem como conteúdo a reprodução das formas, ou da voz, ou dos gestos, identificativamente”⁸¹. Em outras palavras, afirma Hermano Duval, que o direito à imagem seria “a proteção da

⁷⁷ FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de direitos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1996, p. 109.

⁷⁸ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 39.

⁷⁹ GUERRA, Sidney Cesar Silva. *A liberdade de Imprensa e o Direito à Imagem*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 50.

⁸⁰ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 40.

⁸¹ PONTES DE MIRANDA *apud* CALDAS, Pedro Frederico. *Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 29.

personalidade física – traços fisionômicos, corpo, atitudes, gestos, sorrisos, indumentárias, etc. – ou moral – aura, fama, reputação, etc. – do indivíduo – homens, mulheres, crianças ou bebê – no mundo exterior⁸².

De forma mais minuciosa, Sidney Guerra ensina que o direito à imagem pode ser entendido, além de sua dimensão ampla, conforme visto acima, de forma específica, tais como a imagem-retrato – presente no artigo 5º, X / CF-88⁸³ - e a imagem-atributo – encontrada no artigo 5º, V⁸⁴, também da Carta Magna de 1988⁸⁵.

Em breves linhas, Sidney Guerra disserta sobre a imagem-retrato e a imagem-atributo, citando Luiz Alberto David Araújo – pioneiro dessa teoria de divisão da imagem –, dizendo que a primeira seria a análise física do indivíduo ou, melhor dizendo, a imagem-retrato visa defender a figura humana propriamente dita, evitando exposições indevidas de fotografias, filmes ou comerciais. No caso da segunda – imagem-atributo –, seria o componente moral da imagem do sujeito. O autor completa ainda que esta imagem está intimamente ligada à ideia ou concepção que se faz sobre uma pessoa, seja ela física ou jurídica⁸⁶.

Não apenas na Constituição Federal de 1988 é que se encontra a proteção a esse direito, conforme se viu acima, mas também a jurisprudência pátria reitera tal zelo, como se pode observar no Acórdão proferido pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, tendo por Relator o Ministro César Asfor Rocha, em sede de Recurso Especial, no qual se explicita que:

⁸² HERMANO DUVAL *apud* GUERRA, Sidney Cesar Silva. *A liberdade de imprensa e o Direito à Imagem*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 55.

⁸³ **Art. 5º** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

⁸⁴ **Art. 5º** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

⁸⁵ GUERRA, Sidney Cesar Silva. *A liberdade de Imprensa e o Direito à Imagem*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 63.

⁸⁶ GUERRA, Sidney Cesar Silva. *A liberdade de Imprensa e o Direito à Imagem*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 64-68.

CIVIL. DIREITO À IMAGEM. REPRODUÇÃO INDEVIDA. LEI N. 5.988/ 73 (ART. 49, I, F). DEVER DE INDENIZAR. CÓDIGO CIVIL (ART. 159).

A imagem é a projeção dos elementos visíveis que integram a personalidade humana, e a emanção da própria pessoa, e o eflúvio dos caracteres físicos que a individualizam.

A sua reprodução, conseqüentemente, somente pode ser autorizada pela pessoa a que pertence, por se tratar de direito personalíssimo, sob pena de acarretar o dever de indenizar que, no caso, surge com a sua própria utilização indevida.

É certo que não se pode cometer o delírio de, em nome do direito de privacidade, estabelecer-se uma redoma protetora em torno de uma pessoa para torná-la imune de qualquer veiculação atinente a sua imagem; todavia, não se deve exaltar a liberdade de informação a ponto de se consentir que o direito à própria imagem seja postergado, pois a sua exposição deve condicionar-se à existência de evidente interesse jornalístico que, por sua vez, tem como informação, isso quando a imagem divulgada não tiver sido captada em cenário público ou espontaneamente.

(RESP 58101/ SP – Rel. Min. César Asfor Rocha, Quarta Turma, Julgado em 16.09.1997, DJ em 09.03.1998). *Grifo nosso*⁸⁷.

Visando todos os fundamentos citados acima, é possível se inferir que, como as demais espécies de direitos da personalidade, o direito à imagem também pode sofrer violação por conta do exercício exagerado da Imprensa. Essa questão se torna clara e relevante quando a imprensa deixa de observar preceitos ético-legais e expõe de forma negativa a imagem de pessoas, provocando assim danos irreparáveis a estas ou a suas respectivas famílias. Por isso, é legítima a atuação do Poder Judiciário, em cada caso concreto, como verdadeiro garantidor das liberdades públicas⁸⁸.

1.2.1.3 DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA

Primeiramente, cabe destacar que, no que tange a esses direitos – direito à intimidade e o direito à vida privada –, não há um entendimento uníssono entre os

⁸⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Civil. Direito à imagem. Reprodução indevida. Lei n. 5.988/ 73 (art. 49, I, F). Dever de indenizar. Código Civil (art. 159). RESP 58101/ SP. Quarta Turma. Rel. Min. César Asfor Rocha. Brasília, 16 de setembro de 1997.

⁸⁸ GUERRA, Sidney Cesar Silva. *A liberdade de Imprensa e o Direito à Imagem*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 133-134.

doutrinadores constitucionais sobre a individualização ou não desses direitos⁸⁹. Ou seja, há correntes doutrinárias que entendem que intimidade e vida privada formam um único instituto, denominado por José Afonso da Silva de direito à privacidade⁹⁰; porém, há aqueles que entendem que há distinção conceitual entre esses direitos⁹¹.

Contudo, ainda que haja essa divergência, será adotada neste estudo a postura de distinguir conceitualmente os dois institutos, buscando uma melhor compreensão, para fins didáticos, de cada um desses direitos individualmente.

Iniciando pelo direito à intimidade, cabe dizer que esse direito, nas palavras de Alexandre de Moraes, “relaciona-se às relações subjetivas e de trato íntimo da pessoa, suas relações familiares e de amizade”⁹².

De forma complementar ao ensinamento de Alexandre de Moraes, Edilson Farias, citando Tércio Sampaio Ferraz Júnior, traz o seguinte entendimento sobre o direito à intimidade, ao dizer que:

A intimidade, como exigência moral da personalidade para que em determinadas situações seja o indivíduo deixado em paz, constituindo um direito de controlar a indiscrição alheia nos assuntos privados que só a ele interessa, tem como um de seus fundamentos o princípio da exclusividade, formulada por Hannah Arendt com base em Kant. Esse princípio, visando a amparar a pessoa dos riscos oriundos da pressão social niveladora e da força do poder político, comporta essencialmente três exigências: a solidão (donde o desejo de estar só), o segredo (donde a exigência de sigilo) e a autonomia (donde a liberdade de decidir sobre si mesmo como centro emanador de informações)⁹³.

Ainda que haja conexão entre os direitos da personalidade, não há o que se confundir no que diz respeito ao âmbito de atuação de cada espécie desses direitos, principalmente quando se analisa intimidade e imagem ou intimidade e honra. Segundo

⁸⁹ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 48.

⁹⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, 30ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 206.

⁹¹ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 48.

⁹² MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 47.

⁹³ TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR *apud* FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1996, p. 113.

entendimento de Edson Ferreira, tanto a imagem quanto a honra terão seu âmbito de proteção independente da intimidade. No caso da imagem, o autor explica que mesmo uma imagem sendo utilizada sem o consentimento do sujeito divulgado e o ato registrado não seja reprovável pela sociedade, não há ofensa à intimidade, pois o núcleo do interesse pela reserva pessoal não foi atingido. Nesse caso, a ilicitude somente permanecerá no âmbito de proteção da imagem, excluindo a violação à intimidade⁹⁴.

Da mesma forma é o direito à honra. Nesse caso, Edson Ferreira distingue os âmbitos de proteção dizendo que “no âmbito da honra tutela-se o prestígio social contra falsas imputações de fatos desabonadores; e, no âmbito da intimidade, aspectos mais ou menos reservados da vida privada, cujo desvelamento exporia a pessoa, sem maior proveito, a alguma forma de reprovação”⁹⁵.

No que diz respeito ao direito à vida privada, Edilson Farias diz que esse direito tanto pode ser entendido em sentido amplo – o qual equivale ao termo intimidade – como pode ser entendido em sentido estrito – que significa apenas uma das esferas da intimidade⁹⁶.

Para Silvio Romero, o direito à vida privada “leva em consideração a autonomia da pessoa humana, como liberdade de tomar decisão sobre assuntos íntimos e revela-se como garantia de independência a inviolabilidade da pessoa, da sua casa e de suas correspondências”⁹⁷.

Da mesma forma que os demais, o direito à vida privada também pode se conflitar com a liberdade de imprensa. Nas palavras de Jose Adércio Leite Sampaio, estabelece-se que, diante do caso concreto em que haja conflito, o que deve ter relevo é a atitude invasora, independente da veracidade dos fatos ou da correção das opiniões,

⁹⁴ SILVA, Edson Ferreira da. *Direito à intimidade: de acordo com a doutrina, o direito comparado e a Constituição de 1988*. São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1998, p. 63-64.

⁹⁵ SILVA, Edson Ferreira da. *Direito à intimidade: de acordo com a doutrina, o direito comparado e a Constituição de 1988*. São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1998, p. 66.

⁹⁶ FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1996, p. 118.

⁹⁷ BELTRÃO, Silvio Romero. *Direitos da personalidade: de acordo com o Novo Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2005, p. 15.

sendo que aquela atitude pode produzir ao invasor uma responsabilidade, apesar do legítimo exercício da liberdade de informar⁹⁸.

Assim, conclui Edilsom Farias, que para o âmbito de proteção do direito à vida privada, para fins de resguardo diante do exercício da informação, deve-se levar em consideração tanto o comportamento da pessoa como a sua inserção na vida social⁹⁹.

1.2.2 LIBERDADE DE IMPRENSA

A Imprensa, no Brasil, detém em seu arcabouço histórico diversas lutas, nas quais se buscavam o direito de se expressar livremente. Desde o Estado Novo, presidido pelo então eleito Getúlio Vargas – ainda que em caráter provisório -, o Brasil passou a sofrer intervenções arbitrárias do Governo nas atividades exercidas pela Imprensa, instalando-se, assim, a denominada censura. Com o advento do Regime Militar, já nos idos de 1964, a censura se tornou, segundo Sérgio Mattos, “um dos mais fortes elementos de controle do Estado sobre os veículos de comunicação em massa”¹⁰⁰.

Após anos de regime autoritário, o Brasil, por meio de manifestações populares, passou a estruturar o chamado movimento de redemocratização, o qual visava à normalização da democracia e lutava pela conquista do Estado Democrático de Direito¹⁰¹. Esse movimento teve seu ápice com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a qual reformulava o Estado brasileiro em um Estado Democrático de Direito, e, mais, restabelecia os direitos e garantias individuais e coletivos de forma explícita em seu bojo, podendo ser encontrado entre eles o direito à liberdade de imprensa¹⁰².

⁹⁸ SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito à intimidade e à vida privada: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 390.

⁹⁹ FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de direitos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1996, p. 119.

¹⁰⁰ MATTOS, Sérgio. *Mídia controlada: a história da censura no Brasil e no mundo*. São Paulo: Paulus, 2005.

¹⁰¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, 30ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 88.

¹⁰² GUERRA, Sidney Cesar Silva. *A liberdade de Imprensa e o Direito à Imagem*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 2.

De forma salutar, Gilmar Mendes explica a importância da liberdade de imprensa em um Estado Democrático de Direito, ao dizer:

Reafirmar, e assim enfatizar, o significado da liberdade de imprensa no Estado Democrático de Direito não é tarefa estéril, muito menos ociosa. Se é certo que, atualmente, há uma aceitação quase absoluta de sua importância no contexto de um regime democrático e um consenso em torno de seu significado como um direito fundamental universalmente garantido, não menos certo é que, no plano prático, nunca houve uma exata correspondência entre a ampla concordância (ou mesmo o senso comum) em torno da ideia de imprensa livre e a sua efetiva realização e proteção. Mesmo em nações de democracia avançada, a liberdade de imprensa constitui um valor em permanente afirmação e concretização¹⁰³.

Tendo em vista a relevância da liberdade de imprensa como elemento fundamental para a democracia, a Assembléia Nacional Constituinte tratou de, em diversos artigos da Constituição de 1988¹⁰⁴, amparar essa liberdade, dando-lhe o *status* de normas constitucional¹⁰⁵.

Porém, mesmo com essa previsão constitucional, seria falacioso afirmar que essa liberdade se aplica de forma absoluta no mundo jurídico brasileiro. Não obstante pudesse existir repulsa a todo tipo de censura à liberdade de expressão e comunicação, afirma Edilson Farias que a Constituição de 1988 traz restrições tanto expressas como tácitas. Edilson complementa ainda seu raciocínio ao dizer que:

Se por um lado, o texto constitucional assegura imunidade à liberdade de expressão e comunicação contra censura de qualquer natureza e proclama que nenhuma lei poderá embaraçar a comunicação social, por outro, além de prescrever restrições expressas à liberdade de

¹⁰³ MENDES, Gilmar Ferreira. *O significado da liberdade de imprensa no Estado Democrático de Direito e seu desenvolvimento jurisprudencial pelas Cortes Constitucionais: breves considerações*. Observatório da Jurisdição Constitucional. Brasília: IDP, Ano 4, 2010/2011, p. 1.

¹⁰⁴ Pode-se encontrar a proteção à liberdade de imprensa na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, IX: “(...) é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independente de censura ou licença”; e no artigo 220, *caput*: “Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição”.

¹⁰⁵ GUERRA, Sidney Cesar Silva. *A liberdade de Imprensa e o Direito à Imagem*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 86-87.

expressão e comunicação, autoriza tanto o legislador como o Judiciário a estabelecer restrições à liberdade de expressão e comunicação quando necessárias para proteger direitos fundamentais ou para resguardar outros valores constitucionais¹⁰⁶.

Na visão doutrinária brasileira, a liberdade de imprensa¹⁰⁷ pode ser claramente influenciada pela ideia de Karl Marx, que diz que “a imprensa livre é o espelho intelectual no qual o povo se vê, e a visão de si mesmo é a primeira condição de sabedoria”¹⁰⁸. Na concepção moderna, a imprensa, segundo entendimento de Luiz Gustavo Grandinetti, para fins de se observar o âmbito de proteção dessa liberdade, abarca em seu significado a “informação, o jornalismo, independentemente do processo que o gerou, seja a prensa seja a radiodifusão de sons”¹⁰⁹.

Assim, se torna claro compreender que o conceito de imprensa é vasto em face de uma nova realidade social, fazendo assim com que a liberdade de imprensa se transforme, hoje em dia, em uma liberdade de informações jornalísticas¹¹⁰.

Mesmo com essa amplitude conceitual - e retomando a ideia de limitação¹¹¹ da liberdade de imprensa –, Gilmar Mendes afirma que “ao constituinte não passou despercebido que a liberdade de informação haveria de ser exercida de modo compatível com o direito à imagem, à honra e à vida privada, deixando entrever a

¹⁰⁶ FARIAS, Edilsom. *Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 19.

¹⁰⁷ Cabe aqui destacar a ponderação feita por José Afonso da Silva ao dizer que a ideia de liberdade de imprensa foi superada pela moderna concepção de liberdade de informação. Em suas palavras, José Afonso diz que “a liberdade de informação jornalística de que fala a Constituição de 1988 não se resume mais na simples liberdade de imprensa, pois está ligada à publicação de veículo impresso de comunicação. A informação jornalística alcança qualquer forma de difusão de notícias, comentários e opiniões por qualquer veículo de comunicação social”. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, 30ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 246.

¹⁰⁸ MARX, Karl. *A liberdade de imprensa*. Porto Alegre: LPM, 1980, p. 42.

¹⁰⁹ CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. *Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994, p. 24.

¹¹⁰ GUERRA, Sidney Cesar Silva. *A liberdade de Imprensa e o Direito à Imagem*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 85-86.

¹¹¹ Destaca-se a limitação expressa no artigo 220, §1º da Constituição Federal de 1988, o qual diz que: “Art. 220 (...). §1º- Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, **observado o disposto no art. 5o, IV, V, X, XIII e XIV**”. *Grifo nosso*

legitimidade de intervenção legislativa com o propósito de compatibilizar os valores constitucionais eventualmente em conflito”¹¹².

Dessa forma, incontestável é o fato de existir, diante desse cenário de limitação, uma inevitável tensão na relação entre a liberdade de imprensa, de um lado, e os direitos da personalidade constitucionalmente protegidos, de outro, o que pode gerar uma situação denominada de colisão de direitos fundamentais – o que será mais bem analisado no capítulo posterior¹¹³.

Além de todo esse aparato constitucional para preservar a liberdade de imprensa como elemento essencial do Estado Democrático, o constituinte abriu a possibilidade de essa matéria ser também tratada pela legislação infraconstitucional¹¹⁴.

No Brasil, essa previsão se deu por meio da Lei n. 5.250, de 1967 – a chamada Lei da Imprensa. Essa lei trazia em seus artigos uma forte proteção da livre manifestação do pensamento e da comunicação, uma vez que fora editada em meio a um regime de exceção¹¹⁵.

Atualmente, o Supremo Tribunal Federal, diante de um legítimo conflito entre direitos fundamentais, entendeu, em sede da Arguição de Descumprimento de Preceitos Fundamentais – ADPF – n.º 130, de relatoria do Ministro Ayres Brittos, que a referida Lei da Imprensa – Lei n. 5.250/67 –, nas palavras do Eminentíssimo Relator, “não foi recepcionada, em sua totalidade, pela ordem constitucional de 1988 e seu renovado padrão de democracia e de liberdade”¹¹⁶. Contudo, esse assunto será esmiuçado oportunamente no capítulo 3 deste estudo.

¹¹² MENDES, Gilmar Ferreira. *O significado da liberdade de imprensa no Estado Democrático de Direito e seu desenvolvimento jurisprudencial pelas Cortes Constitucionais: breves considerações*. Observatório da Jurisdição Constitucional. Brasília: IDP, Ano 4, 2010/2011, p. 19.

¹¹³ MENDES, Gilmar Ferreira. *O significado da liberdade de imprensa no Estado Democrático de Direito e seu desenvolvimento jurisprudencial pelas Cortes Constitucionais: breves considerações*. Observatório da Jurisdição Constitucional. Brasília: IDP, Ano 4, 2010/2011, p. 25-26.

¹¹⁴ GUERRA, Sidney Cesar Silva. *A liberdade de Imprensa e o Direito à Imagem*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 89.

¹¹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. *O significado da liberdade de imprensa no Estado Democrático de Direito e seu desenvolvimento jurisprudencial pelas Cortes Constitucionais: breves considerações*. Observatório da Jurisdição Constitucional. Brasília: IDP, Ano 4, 2010/2011, p. 27.

¹¹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. *O significado da liberdade de imprensa no Estado Democrático de Direito e seu desenvolvimento jurisprudencial pelas Cortes Constitucionais: breves considerações*. Observatório da Jurisdição Constitucional. Brasília: IDP, Ano 4, 2010/2011, p. 28.

Por conseguinte, conclui-se que a liberdade de imprensa é uma das peças fundamentais que compõem e complementam a liberdade como um todo e a realiza, em grande parte, o direito à informação, merecendo forte tutela jurídica, dispersa no sistema normativo brasileiro, mas tonificada pela proteção constitucional, principalmente pela proibição de censura prévia. Ainda assim, essa liberdade não é um direito alçado acima dos demais direitos constitucionalmente previstos, devendo conviver de forma harmônica, principalmente, com os direitos da personalidade – direito à honra, à imagem e à vida privada¹¹⁷.

¹¹⁷ CALDAS, Pedro Frederico. *Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 150.

2. COLISÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1 COLISÃO ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Tendo em vista a diversidade de direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, não poderia ser diferente a vasta possibilidade de esses direitos entrarem em colisão, a depender de cada caso concreto. Essas colisões surgem inevitavelmente no direito constitucional contemporâneo devido à complexidade e o pluralismo das sociedades modernas, as quais abrigam na Constituição valores e interesses que eventualmente entram em choque¹¹⁸.

Além desses elementos, outro fator também ganha relevância nessa questão de colisão. Os direitos fundamentais, conforme se explicitou no tópico anterior, está expresso na Constituição Federal sob a forma de princípios. Dessa feita, haverá situações em que ocorrerá a concorrência com outros princípios, sendo, portanto, aplicado a ponderação entre os que se colidem, à vista de circunstâncias fáticas e jurídicas¹¹⁹.

Uma vez concebidos os direitos fundamentais sob a forma de princípios constitucionalmente amparados, pode-se entender a colisão desses direitos sob dois aspectos: o primeiro seria a colisão entre os próprios direitos fundamentais; já o segundo, o choque entre esses direitos e outros valores previstos na Constituição¹²⁰. No entendimento de Alexy, essas classificações poderiam também ser denominadas,

¹¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa*. In: Revista Trimestral de Direito Civil, vol. 10. Rio de Janeiro: Padma, 2003.

¹¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa*. In: Revista Trimestral de Direito Civil, vol. 10. Rio de Janeiro: Padma, 2003.

¹²⁰ FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de Direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 1996, p. 93.

respectivamente, de colisão de direitos fundamentais em sentido estrito e colisão de direitos fundamentais em sentido amplo¹²¹.

2.1.1 COLISÃO ENTRE OS PRÓPRIOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A colisão entre os próprios direitos fundamentais ocorrerá quando, segundo Alexy, “(...) o exercício ou a realização do direito fundamental de um dado titular de direito produz efeitos negativos sobre os direitos fundamentais de outro titular”¹²². Em outras palavras, Edilson Pereira ensina que há colisão entre os próprios direitos quando o pressuposto de fato de um direito intercepta o pressuposto de fato de outro direito¹²³.

Alexy ainda aprofunda essa ideia ao subdividir essa classificação em colisão de direitos fundamentais referentes a direitos fundamentais idênticos e colisão de direitos fundamentais referentes a direitos fundamentais diferentes.

No primeiro caso, há a identificação de quatro tipos de colisão entre direitos idênticos, quais sejam entre direitos liberais de defesa, entre direito de defesa e direito de proteção, entre lados positivos e negativos dos direitos fundamentais; e, por fim, a consideração do lado jurídico e o lado fático de um mesmo direito. Nessa esfera, vale a pena destacar o pensamento de Alexy:

No primeiro tipo, tem-se a afetação de idêntico direito de defesa liberal. Exemplo: dois grupos políticos opostos pretendem manifestar-se no mesmo local e horário. No segundo tipo, há a afetação de idêntico direito fundamental, que para um dos titulares é direito de defesa e para outro é direito de proteção. Exemplo: atiradores de elite da polícia pretendem salvar a vida do refém eliminando a vida do seqüestrador. No terceiro tipo, há a colisão de direitos fundamentais idênticos em razão de que podem manifestar-se positiva ou negativamente. Exemplo típico desse caso é a liberdade de crença. Poderá haver, conforme o caso da “decisão sobre o crucifixo”, na qual

¹²¹ ALEXY, Robert. *Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais*. Palestra proferida no Rio de Janeiro, na Fundação Casa de Rui Barbosa, em outubro de 1988. Trad. Gilmar Ferreira Mendes, 1998.

¹²² ALEXY, Robert. *Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais*. Palestra proferida no Rio de Janeiro, na Fundação Casa de Rui Barbosa, em outubro de 1988. Trad. Gilmar Ferreira Mendes, 1998.

¹²³ FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de Direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 1996, p. 93.

se debatia a presença do crucifixo nas salas de aula, a colisão entre a liberdade de crença negativa dos não-cristãos e a liberdade positiva dos cristãos. E no quarto tipo, tem-se a dimensão jurídica de um direito que colide com a sua dimensão fática. Como exemplo, a igualdade jurídica que há entre o pobre e o rico no que diz respeito ao não amparo financiamento estatal de custas judiciais e honorários do advogado, e a igualdade fática, em que há uma desigualdade no tratamento do pobre em relação ao rico¹²⁴.

Já no segundo caso, Alexy explica que poderá haver colisão entre direitos diversos, tais como a colisão entre a liberdade de expressão e o direito da personalidade¹²⁵. De forma reiterada, Edilsom aponta na Carta Magna brasileira de 1988, na mesma linha que Alexy, a colisão entre liberdade artística, intelectual, científica ou de comunicação, constante no artigo 5º, IX, e a intimidade, a vida privada, a honra ou a imagem das pessoas, presentes no artigo 5º, X, sendo essa colisão objeto de minuciosa análise deste estudo¹²⁶.

2.1.2 COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS E OUTROS VALORES CONSTITUCIONAIS

No caso da colisão entre os direitos fundamentais e outros valores constitucionais, há sua ocorrência, segundo ensinamentos Edilsom Farias, quando interesses individuais – ou seja, aqueles tutelados por direitos fundamentais – se contrapõem a interesses coletivos – da comunidade -, também reconhecidos pela Constituição Federal¹²⁷.

¹²⁴ ALEXY, Robert. *Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais*. Palestra proferida no Rio de Janeiro, na Fundação Casa de Rui Barbosa, em outubro de 1988. Trad. Gilmar Ferreira Mendes, 1998.

¹²⁵ ALEXY, Robert. *Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais*. Palestra proferida no Rio de Janeiro, na Fundação Casa de Rui Barbosa, em outubro de 1988. Trad. Gilmar Ferreira Mendes, 1998.

¹²⁶ FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de Direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 1996, p. 93.

¹²⁷ FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de Direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 1996, p. 94.

Alexy, complementando a ideia desenvolvida por Edilsom Farias, aduz que “(...) os bens coletivos não se apresentam apenas como adversários dos direitos individuais. Eles podem também significar o pressuposto ou meio de realização desses direitos”.¹²⁸ De forma elucidativa, Alexy exemplifica a situação, ao dizer que:

Isto se torna mais evidente se se considerar o caráter ambivalente de um clássico bem coletivo, que é a segurança pública. O dever do Estado de proteger seu cidadão obriga-o a desenvolver a proteção desse bem. Isto, todavia, não é possível sem a intervenção no direito de liberdade daqueles que podem afetar ou ameaçar a segurança pública.¹²⁹

Dessa feita, simples passa a ser a compreensão desse fato quando se observa que, nos termos do ensinamento de J.J Canotilho, não são todos e quaisquer bens jurídicos que se enquadram nos interesses comunitários relevantes, mas, sim, são exclusivamente aqueles bens coletivos que foram protegidos pela Constituição, como, por exemplo, a saúde pública, o patrimônio cultural, a defesa da pátria, dentre outros.¹³⁰

2.2 COLISÃO ENTRE OS DIREITOS À HONRA, À IMAGEM, À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA E A LIBERDADE DE IMPRENSA

Cotidianamente, é possível verificar os inúmeros conflitos entre os direitos da personalidade – direito à honra, à imagem, à vida privada e à intimidade – e a liberdade de Imprensa. Os abusos dos meios informativos, ao divulgarem fatos, notícias ou imagens, muitas vezes se encontram em desacordo com os interesses de proteção ao cidadão. Essa contradição se torna visível ao se observar que a Constituição protege,

¹²⁸ ALEXY, Robert. *Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais*. Palestra proferida no Rio de Janeiro, na Fundação Casa de Rui Barbosa, em outubro de 1988. Trad. Gilmar Ferreira Mendes, 1998.

¹²⁹ ALEXY, Robert. *Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais*. Palestra proferida no Rio de Janeiro, na Fundação Casa de Rui Barbosa, em outubro de 1988. Trad. Gilmar Ferreira Mendes, 1998.

¹³⁰ CANOTILHO, J.J Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1991, p. 136.

concomitantemente, dois valores ou princípios, ou seja, assegura, de um lado, a plena liberdade de expressão e informação, proibindo a censura, e por outro lado, garante a inviolabilidade dos direitos à honra, à imagem, à vida privada e à intimidade das pessoas¹³¹.

Para solucionar esses conflitos presente nos corriqueiros casos concretos, a doutrina entende, segundo Edilsom Farias, haver duas maneiras de resolvê-los, tais como a solução realizada pelo legislador, por meio de reserva de lei autorizada pela Norma Superior, e a resolução da colisão pelos juízes e tribunais, por intermédio da ponderação dos bens envolvidos¹³².

2.2.1 RESOLUÇÃO DA COLISÃO PELO LEGISLADOR

Mesmo sendo, nas palavras de Gilmar Mendes, “(...) um instrumento para o funcionamento e preservação do sistema democrático, em que o pluralismo de opinião é vital para a formação da vontade livre”¹³³, a liberdade de imprensa não pode ser entendida como um instituto de caráter absoluto.

O Constituinte Originário registrou na Carta Magna de 1988 uma forma de restringir o exercício da liberdade de imprensa, preservando, para tanto, a proibição veemente de qualquer tipo de limitação prévia dessa liberdade, principalmente no tocante a censura de natureza política, ideológica e artística.¹³⁴

Nesse viés, vale destacar o pensamento de Uadi Lammêgo Bulos, que diz:

Se, por um lado, é proibida a censura e a licença prévia, por outro, cumpre ao Estado zelar pela dignidade do povo e pelo mínimo de

¹³¹ SCHÄFER, Jairo Gilberto; DECARLI, Nairane. *A colisão dos direitos à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem versus liberdade de expressão e informação*. In: Prisma Jurídica, v. 6. São Paulo, 2007, p. 121-138.

¹³² FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de Direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 1996, p. 138.

¹³³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 350.

¹³⁴ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 46.

moralidade, proibindo a divulgação de notícias injuriosas, mentirosas e difamantes¹³⁵.

Essa restrição pode ser analisada enfaticamente por meio do artigo 220, §1º da Constituição Federal de 1988, o qual estabelece que “nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, X, XIII e XIV”¹³⁶.

Para Gilmar Mendes, a parte final do dispositivo admite a interferência legislativa para preservar a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas¹³⁷. Na opinião desse autor, o enunciado constitucional transcrito constitui uma reserva de lei qualificada, para o legislador disciplinar o exercício da liberdade de expressão e informação¹³⁸.

Essa legislação limitadora deve, para se alcançar a validade no mundo jurídico, se revelar razoável em sua deliberação concreta, atentando-se, dessa forma, ao princípio da proporcionalidade, haja vista que não se concebe o ingresso de uma lei sem a devida observância do requisito da necessidade¹³⁹.

Cabe destacar que, embora autorizado pelo texto constitucional para densificar os limites da liberdade de imprensa, a fim de preservar eventuais confrontos com outros direitos fundamentais, explica Edilson Farias, o legislador pátrio não se preocupou em elaborar lei específica sobre a matéria, quer na esfera civil, quer na área penal, após a promulgação da Constituição Federal de 1988¹⁴⁰.

¹³⁵ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 440.

¹³⁶ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 04 de maio de 2011.

¹³⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 357.

¹³⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. *Colisão de Direitos Fundamentais: liberdade de expressão e de comunicação e direito à honra e à imagem*. Informativo Consulex, Brasília, a. VII, n. 43, p. 1150, out. 1993.

¹³⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 358.

¹⁴⁰ FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de Direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 1996, p. 138.

2.2.2 RESOLUÇÃO DA COLISÃO PELA JURISPRUDÊNCIA

No que concerne à resolução da colisão entre direitos fundamentais, é evidente que, dentre os poderes públicos, o mais atuante, nesses conflitos, é o Poder Judiciário. Primeiro, porque cabe a esse Poder se pronunciar sobre qualquer caso – pautando-se no princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. Segundo, porque a colisão sempre se dá em um caso concreto. E, por fim, não há possibilidade de previsão exaustiva, em abstrato, pelo legislador, de todos os casos de colisão que possam surgir¹⁴¹.

Assim, tendo por minimizar o sacrifício dos direitos contrapostos, a jurisprudência realiza uma necessária e casuística ponderação dos bens envolvidos no caso concreto. Essa atividade ponderativa exercida pelo Judiciário deve, primordialmente, se guiar pelos princípios da unidade da Constituição, da concordância prática e da proporcionalidade, uma vez que não há critérios dogmáticos pré-concebidos¹⁴².

Isso pode ser claramente notado nas palavras do Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, em sua decisão em sede de Agravo de Instrumento:

LIBERDADE DE INFORMAÇÃO. PRERROGATIVA CONSTITUCIONAL QUE NÃO SE REVESTE DE CARÁTER ABSOLUTO. SITUAÇÃO DE ANTAGONISMO ENTRE O DIREITO DE INFORMAR E OS POSTULADOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA INTEGRIDADE DA HONRA E DA IMAGEM. A LIBERDADE DE IMPRENSA EM FACE DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE. COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS, QUE SE RESOLVE, EM CADA CASO, PELO MÉTODO DA PONDERAÇÃO CONCRETA DE VALORES. MAGISTÉRIO DA DOCTRINA. (...).

É tarefa do intérprete encontrar o ponto de equilíbrio entre princípios constitucionais em aparente conflito, porquanto, em face do "princípio da unidade constitucional", a Constituição não pode estar em conflito

¹⁴¹ STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 70.

¹⁴² FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de Direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 1996, p. 140.

consigo mesma, não obstante a diversidade de normas e princípios que contém (...).

(...)

“No processo de "ponderação" desenvolvido para solucionar o conflito de direitos individuais não se deve atribuir primazia absoluta a um ou a outro princípio ou direito. Ao revés, esforça-se o Tribunal para assegurar a aplicação das normas conflitantes, ainda que, no caso concreto, uma delas sofra atenuação. (...).

(...). (AI 595.395/SP – Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 20.06.2007, DJ em 03.08.2007) **Grifo nosso**¹⁴³.

Tendo em vista as palavras do Ministro Celso de Mello e os apontamentos doutrinários, há a possibilidade de uma norma sofrer atenuações na sua aplicação em detrimento de outra. No que tange à liberdade de imprensa e os direitos da personalidade, os tribunais constitucionais, em geral, têm adotado o critério formulado pela Suprema Corte norte-americana da *preferred position* – ou seja, uma posição preferida – em abstrato daquela liberdade, quando em pugna com os aludidos direitos, em razão da valoração dessa liberdade como condição indispensável para o funcionamento de uma sociedade aberta¹⁴⁴.

Porém, não se deve tomar esse critério como um critério fossilizado nos tribunais brasileiros. Essa decisão de atenuação de um direito em relação a outro se fará por meio de um mecanismo denominado juízo de ponderação.

Esse juízo está ligado ao princípio da proporcionalidade, que exige que o sacrifício de um direito seja útil para a solução do problema, que não haja outro meio menos danoso para atingir o resultado desejado e que seja proporcional em sentido

¹⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento. Liberdade de Informação. Prerrogativa constitucional que não se reveste de caráter absoluto. Situação de antagonismo entre o Direito de Informar e os postulados da Dignidade da Pessoa Humana e da integridade da honra e da imagem. A liberdade de imprensa em face dos direitos da personalidade. Colisão entre direitos fundamentais, que se resolve, em cada caso, pelo método da ponderação concreta de valores. Magistério da doutrina. (...). AI 595.395/SP. Segunda Turma. Rel. Ministro Celso de Mello. Brasília, 20 de junho de 2007.

¹⁴⁴ FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de Direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 1996, p. 141.

estrito, isto é, que o ônus imposto ao sacrificado não sobreleve o benefício que se pretende obter com a solução¹⁴⁵.

Dessa forma, cabe, neste estudo, adentrar nos pormenores do princípio da proporcionalidade para se melhor compreender o mecanismo de ponderação utilizado pelo Corte Suprema brasileira.

2.3 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E A COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Bem se sabe que, como vistos nos tópicos acima, há diversas possibilidades de choque, no caso concreto, entre direitos fundamentais assentados na Constituição Federal. Uma vez que essas normas detêm a mesma hierarquia, não há como não aplicar uma norma em face da aplicação integral de outra. Dessa forma, observou-se não ser suficiente a interpretação constitucional para solucionar tais casos, ainda que esse mecanismo seja indispensável¹⁴⁶.

Por conta da significativa influência dos tribunais e doutrinas alemãs, passou-se a utilizar a ponderação de bens como proposta metodológica para a solução da tensão entre direitos fundamentais¹⁴⁷. Conforme relata Wilson Steinmetz, “a ponderação de bens é o método que consiste em adotar uma decisão de preferência entre os direitos ou bens em conflitos; (...)”¹⁴⁸. Porém, para se operacionalizar a ponderação de bens no caso concreto é fundamental a aplicação do princípio da proporcionalidade.

Na opinião de Paulo Gustavo Gonet Branco, “a importância da proporcionalidade para o estudo dos direitos fundamentais é acentuada”, uma vez que,

¹⁴⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 358.

¹⁴⁶ STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 140.

¹⁴⁷ STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 140.

¹⁴⁸ STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 140-141.

seguindo entendimento da Corte Constitucional alemã, “a máxima da proporcionalidade resulta da própria essência dos direitos fundamentais” ¹⁴⁹.

Para se alcançar uma perfeita compreensão do princípio da proporcionalidade, como instrumento de ponderação dos conflitos de direitos fundamentais no caso concreto, é preciso analisar seus elementos estruturais, também denominados de subprincípios, os quais fundamentam o princípio da proporcionalidade em sentido amplo¹⁵⁰.

Entende-se que o princípio da proporcionalidade em sentido amplo é constituído pelo subprincípio da adequação, pelo subprincípio da necessidade e, por fim, pelo subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito.

O subprincípio da adequação aparece como elemento que investiga se a medida adotada no caso concreto é apta, útil e idônea para se atingir a finalidade perseguida. Esse subprincípio – também denominado de princípio da idoneidade ou da conformidade – tem fundamentalmente um caráter empírico, pois sua aplicação se dá no instante que se averigua a utilidade do meio utilizado no caso concreto para se atingir o fim pretendido¹⁵¹.

Nessa seara, Paulo Gustavo acrescenta que:

Certamente que esse subprincípio atira o aplicador do Direito no domínio de questões de fato, a fim de se apurar, de acordo com o saber aceito na sociedade, se o meio escolhido favorece o fim buscado. É inepta a medida que, desde quando adotada, não era, pelos conhecimentos existentes, capaz de socorrer o fim a que se dirige¹⁵².

No subprincípio da necessidade – conhecido também como princípio da exigibilidade, da indispensabilidade ou da intervenção mínima – tem por função

¹⁴⁹ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 171.

¹⁵⁰ STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 148.

¹⁵¹ STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 149-150.

¹⁵² BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 173.

identificar, dentre vários meios idôneos, aquele que se apresenta menos gravoso ao exercício do direito fundamental¹⁵³.

Conforme disserta Alexy, “as máximas da adequação e da necessidade derivam dos princípios definidos como mandatos de otimização – conforme apontado alhures – com relação às possibilidades fáticas”¹⁵⁴. Completa ainda seu raciocínio, nos termos da citação de Paulo Gustavo Gonet Branco, ao se preocupar em frisar a função negativa que os subprincípios da adequação e da necessidade exercem na fundamentação jusfundamental. Diz Alexy:

Nenhum dos dois testes – adequação e necessidade – impõe ao legislador, que vier a dispor sobre um conflito, que opte por um dos diversos meios idôneos concebíveis para resolvê-lo. A ele se abre a opção, por exemplo, de não se valer de nenhuma das providências estudadas e permanecer inerte. O teste da necessidade apenas exclui uma opção em face de outra menos agressiva ao princípio que concorre com aquele que o legislador pretender privilegiar¹⁵⁵.

Por fim, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito é, nos ditames da doutrina constitucional, a ponderação de bens propriamente dita. Esse subprincípio tem por escopo examinar o equilíbrio entre uma decisão normativa e a finalidade perseguida, ou seja, busca-se analisar se os meios utilizados são ou não desproporcionais em relação ao objetivo final¹⁵⁶.

Segundo a teoria desenvolvida por Alexy, esse subprincípio é idêntico à lei de ponderação, ao estabelecer que “quanto maior é o grau de não satisfação ou de prejuízo de um dos princípios, tanto maior deve ser a importância da satisfação do outro”¹⁵⁷.

¹⁵³ STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 150.

¹⁵⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 43.

¹⁵⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 43.

¹⁵⁶ STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 152.

¹⁵⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 48.

Assim, não há dúvida em afirmar que o princípio da proporcionalidade – em sentido amplo – tem por finalidade precípua a proteção dos direitos fundamentais, garantindo a otimização desses direitos segundo as possibilidades fáticas e jurídicas. Por isso, autoriza somente restrições ou limitação aos direitos fundamentais que sejam adequadas, necessárias, racionais ou razoáveis¹⁵⁸.

¹⁵⁸ STEINMETZ, Wilson Antônio. Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 155.

3. ESTUDO DE PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Nesta etapa do estudo, este capítulo tem por escopo demonstrar, por meio de casos concretos, a aplicação de toda teoria desenvolvida nos pontos acima trabalhados.

Mais especificamente no caso do Supremo Tribunal Federal, é possível notar, pela análise dos casos que serão apresentados, a atual postura dessa Corte Suprema – em conformidade com o que fora estudado em tópicos antecedentes - em relação às colisões de direitos fundamentais que, vez ou outra, se deparam.

Há dois casos notórios no cenário brasileiro que debatem a temática tanto sobre colisão dos direitos fundamentais em si como sobre a liberdade de imprensa e os direitos da personalidade. No primeiro caso, trata-se de indubitável caso de colisão, a qual é composta, de um lado, pela liberdade de imprensa de um renomado jornal brasileiro, e do outro, pelo direito à intimidade e à vida privada de um governador, à época, do estado do Rio de Janeiro.

Já no segundo caso, além de tratar sobre o assunto da colisão dos direitos fundamentais, é também considerada como uma jurisprudência paradigmática, haja vista tratar da não recepção da Lei da Imprensa.

3.1 CASO ANTHONY GAROTINHO x O GLOBO¹⁵⁹

Neste primeiro caso, o Supremo Tribunal Federal se deparou com uma colisão de direitos fundamentais, a qual tratava do resguardo do direito à intimidade e à vida privada do governador do estado do Rio de Janeiro, Anthony Garotinho – isso em

¹⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição nº 2702. Requerente: Infoglobo Comunicações Ltda e outros. Requerido: Anthony William Garotinho Matheus De Oliveira e outros. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, Brasília, 18 de setembro de 2002. **STF**, Brasília, 2007. Disponível em < <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/htm>>. Acesso em: 10 de julho de 2011.

2002 –, por conta de uma matéria publicada por um jornal brasileiro denominado O Globo¹⁶⁰.

Garotinho, que naquele ano também era candidato à Presidência da República – ajuizou um pedido liminar, em sede de primeiro grau, para impedir o jornal O Globo de publicar conversas suas com outras pessoas, as quais foram interceptadas de forma ilícita¹⁶¹.

Tendo acesso ao conteúdo dessas conversas, o Jornal publicou uma matéria com o título “**Garotinho sabia do suborno**”, na qual retratava o possível envolvimento do candidato ao suborno de um auditor fiscal da Receita Federal, responsável pela autorização de sorteios realizados no “Show do Garotinho”, programa este que foi ao ar naquele ano, na Rádio Tupi e TV Bandeirantes¹⁶².

Após o deferimento dessa liminar, e sua posterior confirmação pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, o Jornal interpôs Recurso Extraordinário nesse Tribunal para que o assunto fosse debatido no Supremo Tribunal Federal. A empresa alegou nesse recurso a fiel observância do artigo 5º, incisos IX, XII e XIV, e do artigo 220, §§ 1º e 2º, todos da Constituição Federal de 1988, e completou seu entendimento com as seguintes palavras¹⁶³:

Não pode haver dúvidas, pois, de que a Constituição Federal fez certa a liberdade de informar, que não pode ser atingida por qualquer tipo de censura. Não se nega a existência de dispositivos que garantem a inviolabilidade da intimidade e da imagem, mas o que se diz é que a

¹⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição nº 2702. Requerente: Infoglobo Comunicações Ltda e outros. Requerido: Anthony William Garotinho Matheus De Oliveira e outros. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, Brasília, 18 de setembro de 2002. STF, Brasília, 2007. Disponível em < <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/htm>>. Acesso em: 10 de julho de 2011.

¹⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição nº 2702. Requerente: Infoglobo Comunicações Ltda e outros. Requerido: Anthony William Garotinho Matheus De Oliveira e outros. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, Brasília, 18 de setembro de 2002. STF, Brasília, 2007. Disponível em < <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/htm>>. Acesso em: 10 de julho de 2011.

¹⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição nº 2702. Requerente: Infoglobo Comunicações Ltda e outros. Requerido: Anthony William Garotinho Matheus De Oliveira e outros. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, Brasília, 18 de setembro de 2002. STF, Brasília, 2007. Disponível em < <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/htm>>. Acesso em: 10 de julho de 2011.

¹⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição nº 2702. Requerente: Infoglobo Comunicações Ltda e outros. Requerido: Anthony William Garotinho Matheus De Oliveira e outros. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, Brasília, 18 de setembro de 2002, fl. 150. STF, Brasília, 2007. Disponível em < <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/htm>>. Acesso em: 10 de julho de 2011.

censura prévia jamais poderá ser admitida por força do próprio texto constitucional.

Em contrapartida ao que foi alegado pela recorrente, o então Governador, ora recorrido no feito, alegou em sua defesa violação ao artigo 5º, X (inviolabilidade da honra, da intimidade, da vida privada das pessoas) e XII (inviolabilidade das ligações telefônicas) da Constituição Federal de 1988, bem como os artigos 10 da lei 9296/96 (crime de interceptação telefônica não autorizada) e o art.151, §1º, II, c (crime de violação de correspondência)¹⁶⁴.

Não obstante a decisão da Suprema Corte brasileira tenha sido pelo indeferimento da liminar ajuizada pelo Jornal – por conta da violação ao sigilo das comunicações telefônicas do recorrido -, os Ministros reiteraram a ideia da relevância da liberdade de imprensa, na qual se inclui a liberdade de informação, principalmente quando se tratar de um interesse público – seja no conteúdo da matéria ou seja pela pessoa pública -, conforme visto no voto do Ministro Relator, Sepúlveda Pertence, *in verbis*¹⁶⁵:

A tensão dialética permanente entre a liberdade de informação, de um lado, e a proteção à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem das pessoas é, sabidamente, o pano de fundo mais freqüente das especulações doutrinárias e pretorianas acerca da ponderação de interesses, como técnica de solução da colisão entre princípios e garantias constitucionais.

Nos limites desse terreno – campo aqui e alhures, de permanente ocupação dos teóricos e de numerosas dissensões nos tribunais – é que a petição procura entrincheirar-se e sustentar a prevalência – sobretudo, quando se trata de fatos de interesse público e relativos a homens públicos -, da liberdade de informar, da imprensa, e do direito à informação, de todos, para a proteção dos quais, a Constituição prescreveu a vedação peremptória da censura prévia.

¹⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição nº 2702. Requerente: Infoglobo Comunicações Ltda e outros. Requerido: Anthony William Garotinho Matheus De Oliveira e outros. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, Brasília, 18 de setembro de 2002, fl. 150. **STF**, Brasília, 2007. Disponível em < <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/htm>>. Acesso em: 10 de julho de 2011.

¹⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição nº 2702. Requerente: Infoglobo Comunicações Ltda e outros. Requerido: Anthony William Garotinho Matheus De Oliveira e outros. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, Brasília, 18 de setembro de 2002, fl. 150. **STF**, Brasília, 2007. Disponível em < <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/htm>>. Acesso em: 10 de julho de 2011

Observa-se, portanto, que mesmo não havendo um entendimento unânime entre os Ministros da Suprema Corte brasileira, há pelo menos a compreensão do papel indispensável da liberdade de imprensa perante a sociedade, restando apenas estabelecer se os direitos da personalidade, ora violados em diversos casos concretos, serviriam como parâmetro de limitação para o exercício de informar da imprensa, ou apenas como um elemento de reparação posterior, nos casos em que haja alguma publicação lesiva.

3.2 ADPF 130/2009 – NÃO RECEPÇÃO DA LEI DE IMPRENSA¹⁶⁶

O segundo caso que será tratado tem, em especial, uma relevância peculiar, tanto no âmbito deste estudo quanto no mundo jurídico brasileiro: trata-se da não recepção da Lei da Imprensa¹⁶⁷.

A Lei da Imprensa é uma lei que foi editada nos idos da Ditadura Militar brasileira – 1967 – com o intuito de regularizar, ou melhor, balizar a atividade exercida pelos jornalistas. Essa lei foi proposta pelo então Presidente da República, General Castello Branco, para coibir as manifestações da imprensa que se contrapunham ao regime autoritário da época¹⁶⁸.

Por muitos anos, a Lei da Imprensa produziu seus efeitos no Brasil. Isso perdurou até o ano de 2009, no qual se debateu, por meio de uma Arguição de

¹⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Preceitos Fundamentais nº 130. Arguente: Partido Democrático Trabalhista – PDT. Arguido: Presidente da República. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto, Brasília, 30 de abril de 2009. STF, Brasília, 2011. Disponível em <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/htm>>. Acesso em: 18 de agosto de 2011.

¹⁶⁷ Decisão: O Tribunal, por maioria, e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a ação, vencidos, em parte, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa e a Senhora Ministra Ellen Gracie, que a julgavam improcedente quanto aos artigo 1º, § 1º; artigo 2º, caput; artigo 14; artigo 16, inciso I e artigos 20, 21 e 22, todos da Lei nº 5.250, de 9.2.1967; o Senhor Ministro Gilmar Mendes (Presidente), que a julgava improcedente quanto aos artigos 29 a 36 da referida lei e, vencido integralmente o Senhor Ministro Marco Aurélio, que a julgava improcedente. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Eros Grau, com voto proferido na assentada anterior. Plenário, 30.04.2009.

¹⁶⁸ LANER, Vinícius Ferreira. **A lei de imprensa no Brasil**. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 48, 1 dez. 2000. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/146>>. Acesso em: 18 ago. 2011.

Descumprimento de Preceitos Fundamentais proposta pelo Partido Democrático Trabalhista – PDT -, a eficácia dessa lei no atual cenário brasileiro¹⁶⁹.

Nesse debate alavancado pelo Supremo Tribunal Federal, é importante constatar o atual posicionamento dessa Suprema Corte no que se refere ao tema supramencionado, qual seja, a colisão entre a liberdade de imprensa e os direitos da personalidade, e a aplicação da ponderação como instrumento saneador dessa colisão.

No decorrer do seu voto, o Relator, Ministro Carlos Ayres Britto, discorreu sobre a não aceitação explícita da atual Constituição Federal de 1988 do cerceamento, ou até mesmo de uma restrição, à manifestação do pensamento, independentemente do meio de transmissão. Ainda assim, completa o Relator, que mesmo que não se possa exercer a denominada censura dessa manifestação, é salutar a observância de outros direitos também previstos na Constituição, os quais estão diretamente ligados à liberdade de imprensa. Diz o Relator¹⁷⁰:

Não estamos a ajuizar senão isto: a cabeça do artigo 220 da Constituição veda qualquer cerceio ou restrição à concreta manifestação do pensamento, bem assim todo cerceio ou restrição que tenha por objeto a criação, a expressão e a informação, pouco importando a forma, o processo, ou o veículo de comunicação social. Isto é certo. Impossível negá-lo. Mas o exercício de tais liberdades não implica uma fuga do dever de observar todos os incisos igualmente constitucionais que citamos no tópico anterior [vedação do anonimato, direito de resposta, direito de indenização por dano moral e material à intimidade, à vida privada, à honra e imagem das pessoas, dentre outros], relacionados com a liberdade mesma de imprensa.

Isso corrobora a ideia posta nos tópicos anteriores da real e efetiva análise dos direitos da personalidade como elementos capazes de frear o abuso da liberdade de se expressar, ou até mesmo de informar. Porém, ainda que haja essa limitação à

¹⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Preceitos Fundamentais nº 130. Arguente: Partido Democrático Trabalhista – PDT. Arguido: Presidente da República. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto, Brasília, 30 de abril de 2009. STF, Brasília, 2011. Disponível em < <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/htm> >. Acesso em: 18 de agosto de 2011.

¹⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Preceitos Fundamentais nº 130. Arguente: Partido Democrático Trabalhista – PDT. Arguido: Presidente da República. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto, Brasília, 30 de abril de 2009. STF, Brasília, 2011. Disponível em < <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/htm> >. Acesso em: 18 de agosto de 2011.

manifestação da imprensa, o Ministro Relator destaca a preponderância desta liberdade em detrimento das demais, por sua notória relevância para a democracia¹⁷¹.

Essa preponderância se torna clara nas palavras do Ministro Relator quando este afirma a seguinte ideia¹⁷²:

Não há como garantir a livre manifestação do pensamento, tanto quanto o direito de expressão *lato sensu* (abrangendo, então, por efeito do *caput*, do art. 220 da CF, a criação e a informação), senão em plenitude. Senão colocando em estado de momentânea paralisia a inviolabilidade de certas categorias de direitos subjetivos fundamentais, como, por exemplo, a intimidade, a vida privada, a imagem e a honra de terceiros.

Explica ainda o Ministro Relator, segundo seu posicionamento, que a ponderação – elemento atuante nas colisões de direitos fundamentais – nada mais é do que uma análise cronológica, ou temporal, dos direitos. Elucida da seguinte forma¹⁷³:

Mas é claro que os dois blocos de dispositivos constitucionais só podem incidir mediante calibração temporal ou cronológica: primeiro, assegura-se o gozo dos sobredireitos (faamos assim) de personalidade, que são a manifestação do pensamento, a criação, a informação, etc., a que se acrescenta aquele de preservar o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício da profissão do informante, mais a liberdade de trabalho, ofício, ou profissão. Somente depois é que se passa a cobrar do titular de tais sobre-situações jurídicas ativas um eventual desrespeito a direitos constitucionais alheios, ainda que também densificadores da personalidade humana; (...).

¹⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Preceitos Fundamentais nº 130. Arguente: Partido Democrático Trabalhista – PDT. Arguido: Presidente da República. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto, Brasília, 30 de abril de 2009. STF, Brasília, 2011. Disponível em < <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/htm> >. Acesso em: 18 de agosto de 2011.

¹⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Preceitos Fundamentais nº 130. Arguente: Partido Democrático Trabalhista – PDT. Arguido: Presidente da República. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto, Brasília, 30 de abril de 2009. STF, Brasília, 2011. Disponível em < <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/htm> >. Acesso em: 18 de agosto de 2011.

¹⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Preceitos Fundamentais nº 130. Arguente: Partido Democrático Trabalhista – PDT. Arguido: Presidente da República. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto, Brasília, 30 de abril de 2009. STF, Brasília, 2011. Disponível em < <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/htm> >. Acesso em: 18 de agosto de 2011.

Contudo, esses pontos apresentados pelo Relator não encontrou, em meio ao Plenário da Suprema Corte, uma aceitação unânime. Tendo um posicionamento oposto, o Ministro Menezes Direito – apesar de ter acompanhado o Ministro Relator no que tange à suspensão total da Lei da Imprensa em função da Carta Magna de 1988 – explicou em seu voto o princípio denominado de reserva qualificada, o qual subordina a atual realidade constitucional à preservação da dignidade da pessoa humana como eixo condutor da vida social e política¹⁷⁴.

Segundo o Ministro Menezes Direito, ainda que se haja uma defesa pela liberdade de imprensa, nos casos de confronto entre esta e os direitos da personalidade, não se pode deixar de lado a tutela dos direitos inerentes ao homem, os quais também solidificam a estrutura da democracia. Explica em seu voto o seguinte¹⁷⁵:

Vê-se, portanto, que, do ponto de vista científico, a liberdade de expressão integra, necessariamente, o conceito de democracia política, porquanto significa uma plataforma de acesso ao pensamento e à livre circulação de idéias. Mas essa liberdade, vista como instituição e não como direito, divide o espaço constitucional com a dignidade da pessoa humana, que lhe precede em relevância pela natureza mesma do ser do homem, sem a qual não há nem liberdade, nem democracia. Essa precedência, no entanto, não significa que exista lugar para sacrificar a liberdade de expressão no plano das instituições que regem a vida das sociedades democráticas.

Em outro momento de seu voto, o Ministro Menezes Direito explica sua visão sobre a ponderação no caso da colisão entre liberdade de imprensa e os direitos da personalidade, afirmando que¹⁷⁶:

¹⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Preceitos Fundamentais nº 130. Arguente: Partido Democrático Trabalhista – PDT. Arguido: Presidente da República. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto, Brasília, 30 de abril de 2009. STF, Brasília, 2011. Disponível em < <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/htm> >. Acesso em: 18 de agosto de 2011.

¹⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Preceitos Fundamentais nº 130. Arguente: Partido Democrático Trabalhista – PDT. Arguido: Presidente da República. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto, Brasília, 30 de abril de 2009. STF, Brasília, 2011. Disponível em < <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/htm> >. Acesso em: 18 de agosto de 2011.

¹⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Preceitos Fundamentais nº 130. Arguente: Partido Democrático Trabalhista – PDT. Arguido: Presidente da República. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto, Brasília, 30 de abril de 2009. STF, Brasília, 2011. Disponível em < <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/htm> >. Acesso em: 18 de agosto de 2011.

Por outro lado, a sociedade democrática é valor insubstituível que exige, para sua sobrevivência institucional, proteção igual à liberdade de expressão e à dignidade da pessoa humana. Esse balanceamento é que se exige da Suprema Corte em cada momento de sua história. O cuidado que se há de tomar é como dirimir esse conflito sem afetar nem a liberdade de expressão nem a dignidade da pessoa humana.

Complemente ainda seu entendimento ao dizer que¹⁷⁷:

Se os direitos da personalidade põem à disposição do intérprete grande quantidade de estudos científicos, quero crer que deve ser enfrentada a questão da liberdade de expressão também a partir de uma melhor apuração de sua base conceitual no plano da ciência do direito constitucional. Não se trata, portanto, de firmá-la no plano romântico dos ideais de liberdade e democracia política, mas de defini-la concretamente para que se possa sedimentá-la com entranha da própria base conceitual da sociedade democrática.

Dessa forma, pode-se concluir que, em conformidade com os ensinamentos do Ministro Menezes Direito – ao qual este estudo se filia -, ainda que haja uma tendência preferencial à liberdade de imprensa, quando do conflito com outros direitos constitucionalmente amparados, não se deve deixar às margens de uma interpretação atenciosa da Constituição a dignidade da pessoa humana e seus direitos imanescentes, os quais também corroboram com a estruturação de uma democracia plena.

¹⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Preceitos Fundamentais nº 130. Arguente: Partido Democrático Trabalhista – PDT. Arguido: Presidente da República. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto, Brasília, 30 de abril de 2009. STF, Brasília, 2011. Disponível em < <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/htm> >. Acesso em: 18 de agosto de 2011.

CONCLUSÃO

Mesmo constatando a imensidão dogmático-teórica que permeia o estudo dos direitos fundamentais, buscou-se analisar neste trabalho, primordialmente, a atuação desses direitos quando se encontram em colisão entre si. De forma pontual, este estudo se ateve a averiguar a colisão entre a liberdade de imprensa e os direitos da personalidade, mais especificamente o direito à honra, à imagem, à intimidade e à vida privada.

Em um primeiro momento, foi analisada a estruturação dos direitos fundamentais, ou seja, buscou-se entender a formação normativa dos elementos que estão inseridos na Constituição Federal. Nesse estudo, foram relatados os inúmeros debates filosóficos acerca da natureza de tais normas fundamentais. Por diversos anos, alguns pensadores jurídicos se ativeram à distinção das normas fundamentais em regras e princípios. Essa distinção ganhou expressivo relevo com a teoria desenvolvida pelo alemão Robert Alexy, no qual este trabalho se aporta.

Alexy demonstrou em sua teoria – Teoria dos Princípios – que as normas fundamentais tidas por princípios são, em primeiro lugar, mandamentos de otimização, atribuindo, assim, diversos graus de cumprimento dessas normas, em cada caso concreto. Depois, por essa característica otimizadora da norma, ela poderia se colidir com outras normas de mesma valia e, se colidindo, passariam por um juízo de ponderação para que fossem aplicadas sem que uma subsumisse a outra.

Essa teoria serviu de alicerce para uma análise específica das normas fundamentais que envolvem tanto a liberdade de imprensa quanto os direitos da personalidade. Esses apontamentos se tornaram salutareos por se tratar de dois direitos essenciais à solidificação de um Estado Democrático, quais sejam a liberdade de expressão e a dignidade da pessoa humana.

Já em um segundo momento da pesquisa, tendo assentado o estudo holístico tanto da estrutura dos direitos fundamentais quanto das espécies desses direitos, é que se buscou adentrar nos ditames teóricos do conflito normativo, explorando os diversos elementos, *a priori*, de colisão dos direitos fundamentais, seja esta entre os próprios direitos, seja entre um direito fundamental e outro valor constitucional.

Nessa instância do estudo, Alexy fundamentou as diversas faces da colisão dos direitos fundamentais encontradas pelo intérprete das normas. Essa colisão, segundo esse autor alemão, pode ocorrer, no cenário prático, tanto quando dois direitos fundamentais se colidem quanto no choque entre um direito fundamental e um outro valor constitucional. Explica Alexy que, no primeiro caso, há o conflito entre uma norma tida como direito fundamental e outra norma, com o mesmo *status* normativo, quando a primeira norma produz efeitos negativos em outra norma, a qual tutela o direito de um titular diverso, e é nessa situação que se insere a tão debatida colisão entre a liberdade de imprensa e os direitos da personalidade.

A outra maneira, por sua vez, se encontra no instante em que uma norma de direito fundamental – como, por exemplo, os direitos de interesse individual – se colide com outra norma de natureza diversa – como as que tutelam os interesses coletivos -, porém, sendo ambas abarcadas pela Constituição Federal.

Não obstante a percepção da segunda hipótese também ser corriqueira nas contendas jurídicas atuais, buscou-se focar, particularmente, na colisão entre os próprios direitos fundamentais, destacando, assim, a colisão entre a liberdade de imprensa e os direitos da personalidade.

Essa colisão específica ganhou relevo no mundo jurídico por se tocar em pontos altamente tutelados pelo atual Estado Democrático de Direito. A liberdade de imprensa tem seu papel importante em meio à sociedade, pois, como elemento fundamental da democracia, cabe a todos, indistintamente, o direito de se expressar, de informar e de ser informado, independentemente do meio de comunicação utilizado. A voz, a expressão, seja ela artística, seja ela científica, se tornaram núcleos sensíveis de uma sociedade pluralista.

Já os direitos da personalidade, outro pólo dessa colisão, também encontram seu destaque na sociedade, e até no mundo. O ser humano, depois de diversas atrocidades vividas na história mundial, passou a ser protagonista nas inúmeras relações existentes, sejam elas interpessoais, sejam elas jurídicas. Após o período devastador da Segunda Grande Guerra, foi editada uma declaração que passou a ser paradigma para muitas novas Constituições, a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Nessa declaração encontrava-se o princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Juntamente com a liberdade de imprensa, a dignidade da pessoa humana – sendo composta pelo direito à honra, à imagem, à intimidade e à vida privada, entre outros – também se consolida como um dos elementos formadores e sustentadores da democracia atual. No Brasil, por exemplo, ambos os direitos foram previstos expressamente na Carta Magna de 1988.

É com essa conjuntura que se encontra a celeuma jurídica presente na colisão entres esses direitos fundamentais. Não é possível, conforme se demonstrou pela teoria desenvolvida por Alexy, haver subsunção de uma norma em relação a outra, até porque ambas as normas em colisão tem enorme peso diante da sociedade. Assim, as Cortes Constitucionais – alemã e brasileira - entendem por bem a utilização, também fundamentada em Robert Alexy, do princípio da proporcionalidade como instrumento de ponderação entre os direitos colidentes.

O princípio da proporcionalidade se faz como um objeto metódico, ou seja, um instrumento capaz de dirimir, ou harmonizar, a colisão existente entre os direitos fundamentais. Para se alcançar a melhor aplicação de um direito em relação ao outro nos casos concretos, é necessário que se percorra três fases interligadas do princípio da proporcionalidade: primeiro, a análise da adequação – verificando se a medida adotada no caso concreto é apta para se alcançar a finalidade desejada; segundo, analisar a necessidade, ou seja, identificar o meio menos gravoso ao exercício do direito fundamental; e, por último, a análise da proporcionalidade em sentido estrito, ponderando a decisão normativa com a finalidade buscada.

Essa teoria é corroborada, por fim, no último capítulo deste estudo, no qual se analisa *leading cases* do Supremo Tribunal Federal. Nesses casos concretos, é certo observar a aplicação do instrumento de ponderação, pelas Cortes Constitucionais, quando estas se deparam com a colisão entre a liberdade de imprensa e os direitos fundamentais.

É nesse último capítulo também que se torna clara a compreensão de que, conforme atuação da Suprema Corte norte-americana no sentido de adotar o *preferred position* da liberdade de imprensa em relação aos direitos da personalidade, o Supremo Tribunal Federal também vem entendendo que a liberdade de se expressar, de informar e de ser informado é tido como um sobredireito em relação aos demais. Isso significa

que, não havendo ilicitudes capazes de viciar a contenda jurídica, a liberdade de imprensa terá, em geral, uma primazia em relação aos direitos da personalidade, conforme visto pelo julgamento histórico da ADPF 130/2009.

Para os Ministros da Suprema Corte brasileira, os direitos da personalidade seriam uma espécie de reserva qualificada para o exercício da liberdade de imprensa. Assim, em casos de exorbitância ou ilicitudes na atividade jornalística, os direitos da personalidade, amplamente tutelados pela Constituição Federal, poderiam servir de fundamento para uma possível reparação do dano, seja na seara moral, seja na material.

Assim, indubitável concluir que mesmo estando em contenda com outros direitos fundamentais, a liberdade de imprensa se destaca, não apenas pela sua relevância jurídica, mas também pela sua fundamental instrumentalidade dentro de uma sociedade democrática e pluralista.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. *Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais*. Palestra proferida no Rio de Janeiro, na Fundação Casa de Rui Barbosa, em outubro de 1988. Trad. Gilmar Ferreira Mendes, 1998.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMORIM, Letícia Balsamão. *A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy*. Revista de Informação Legislativa. Brasília a.42 n.165 jan/mar.2005. Localizado na página: http://www.senado.gov.br/web/cegraf/rl/Pdf/pdf_165/R165-11.pdf.

BARROSO, Luís Roberto. *Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa*. In: Revista Trimestral de Direito Civil, vol. 10. Rio de Janeiro: Padma, 2003.

BELTRÃO, Silvio Romero. *Direitos da personalidade: de acordo com o Novo Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2005.

BESSA, L. S. Colisão dos Direitos Fundamentais: Propostas de solução. In. XV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI – MANAUS, 2006, Manaus. *Anais.... Manaus, 2006*.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 04 de maio de 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Civil. Direito à imagem. Reprodução indevida. Lei n. 5.988/ 73 (art. 49, I, F). Dever de indenizar. Código Civil (art. 159). RESP 58101/ SP. Quarta Turma. Rel. Min. César Asfor Rocha. Brasília, 16 de setembro de 1997.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento. Liberdade de Informação. Prerrogativa constitucional que não se reveste de caráter absoluto. Situação de antagonismo entre o Direito de Informar e os postulados da Dignidade da Pessoa Humana e da integridade da honra e da imagem. A liberdade de imprensa em face dos direitos da personalidade. Colisão entre direitos fundamentais, que se resolve, em cada caso, pelo método da ponderação concreta de valores. Magistério da doutrina. (...). AI

595.395/SP. Segunda Turma. Rel. Ministro Celso de Mello. Brasília, 20 de junho de 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Preceitos Fundamentais. Arguente: Partido Democrático Trabalhista – PDT. Arguido: Presidente da República. ADPF 130/DF. Plenário. Rel. Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, 30 de abril de 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição. Requerente: Infoglobo Comunicações Ltda e outros. Requerido: Anthony William Garotinho Matheus De Oliveira e outros. PET 2702/RJ. Plenário. Rel. Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 18 de setembro de 2002.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CALDAS, Pedro Frederico. *Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral*. São Paulo: Saraiva, 1997.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional de Conflitos e Proteção de Direitos Fundamentais*. Revista de Legislação e Jurisprudência. Coimbra: Universidade de Coimbra, n. 125, pp. 264/295, 1992.

CANOTILHO, J.J Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1991.

CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. *Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. Campinas: Romana, 2004.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro, v. 1*. São Paulo: Saraiva, 2007.

FARIAS, Edilsom. *Colisão de Direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 1996.

_____. *Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2001.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

GUERRA, Sidney Cesar Silva. *A liberdade de Imprensa e o Direito à Imagem*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

LANER, Vinícius Ferreira. A lei de imprensa no Brasil. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 48, 1 dez. 2000. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/146>>. Acesso em: 18 ago. 2011.

MARX, Karl. *A liberdade de imprensa*. Porto Alegre: LPM, 1980.

MATTOS, Sérgio. *Mídia controlada: a história da censura no Brasil e no mundo*. São Paulo: Paulus, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Colisão de Direitos Fundamentais: liberdade de expressão e de comunicação e direito à honra e à imagem*. Informativo Consulex, Brasília, a. VII, n. 43, p. 1150, out. 1993.

_____. *O significado da liberdade de imprensa no Estado Democrático de Direito e seu desenvolvimento jurisprudencial pelas Cortes Constitucionais: breves considerações*. Observatório da Jurisdição Constitucional. Brasília: IDP, Ano 4, 2010/2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. 1. ed. Brasília Jurídica, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NICOLODI, Ana Marina. Conflito entre direitos fundamentais – Liberdade de Imprensa versus Direito à Vida Privada, Direito à Imagem e Direito à Honra. In: Revista Direitos Fundamentais & Democracia, v. 1, n. 1 (jan./jun. 2007). Curitiba: UniBrasil, 2007.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. v. 1. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito à intimidade e à vida privada: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SCHÄFER, Jairo Gilberto; DECARLI, Nairane. *A colisão dos direitos à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem versus liberdade de expressão e informação*. In: Prisma Jurídica, v. 6. São Paulo, 2007.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Hermenêutica de Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

_____. *Metodologia de Estudos de Precedentes*. Observatório da Jurisdição Constitucional. Brasília: IDP, Ano 1, 2007.

SILVA, Edson Ferreira da. *Direito à intimidade: de acordo com a doutrina, o direito comparado e a Constituição de 1988*. São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1998.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, 30^a. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

VALE, André Rufino do. *A estrutura das normas de direito fundamental: repensando a distinção entre regras, princípios e valores*. 2006. 286 f. Dissertação de Mestrado – Programa de Pós-graduação em Direito, Estado e Constituição, Universidade de Brasília, Brasília. 2006.